

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA**

ARTHUR MOURA DE SOUZA

**A INSUFICIÊNCIA DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DO RISCO PARA O
EQUILÍBRIO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NOS CASOS DE VARIAÇÃO
CAMBIAL A PARTIR DA ANÁLISE DOS CONTRATOS DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO: POR UMA PERSPECTIVA DE ALOCAÇÃO DE RISCOS**

**VITÓRIA
2018**

ARTHUR MOURA DE SOUZA

**A INSUFICIÊNCIA DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DO RISCO PARA O
EQUILÍBRIO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NOS CASOS DE VARIAÇÃO
CAMBIAL A PARTIR DA ANÁLISE DOS CONTRATOS DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO: POR UMA PERSPECTIVA DE ALOCAÇÃO DE RISCOS**

Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em Gestão Pública do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Gestão Pública.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Sant'Ana Pedra

VITÓRIA

2018

Modelo de ficha catalográfica fornecido pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas da Ufes para ser confeccionada pelo autor

S719i Souza, Arthur Moura de, 1983-
A Insuficiência da Perspectiva Tradicional do Risco para o
Equilíbrio do Contrato Administrativo nos casos de variação
cambial a partir da análise dos contratos do Estado do Espírito
Santo : por uma Perspectiva de Alocação de Riscos / Arthur
Moura de Souza. - 2018.
101 f.

Orientador: Anderson Sant'Ana Pedra.
Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão Pública) -
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Contrato Administrativo. 2. Equilíbrio econômico
financeiro. 3. Perspectiva das Áleas ou Riscos. 4. Variação
Cambial. 5. Perspectiva da Alocação dos Riscos. I. Pedra,
Anderson Sant'Ana. II. Universidade Federal do Espírito Santo.
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 35

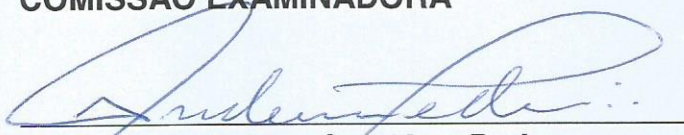
ARTHUR MOURA DE SOUZA

**A INSUFICIÊNCIA DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DO RISCO
PARA O EQUILÍBRIO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NOS
CASOS DE VARIAÇÃO CAMBIAL A PARTIR DA ANÁLISE DOS
CONTRATOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: POR UMA
PERSPECTIVA DE ALOCAÇÃO DE RISCOS**

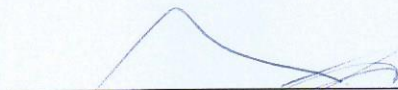
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Gestão Pública.

Aprovada em 21 de novembro de 2018.

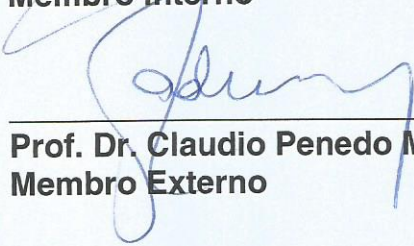
COMISSÃO EXAMINADORA



Prof. Dr. Anderson Sant'Ana Pedra
Orientador



Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Membro Interno



Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira
Membro Externo

Dedico este trabalho a DEUS, que me concedeu tudo que tenho, à minha família, que amo tanto, que não me deixa esquecer disso, e aos cidadãos, em geral, que encontram dificuldades para receber um serviço público de qualidade no Brasil.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, autor da minha vida, à minha amada esposa Mariana, imprescindível neste projeto, que sempre me acompanhou e apoiou nessa caminhada com carinho e dedicação; à minha filha Marrie, que teve de abrir mão de momentos preciosos comigo, enquanto me dedicava a este trabalho; aos meus pais, Arnaldo e Débora, que sempre me estimularam a ir além, com persistência e integridade.

Agradeço ao meu orientador e colega, Prof. Dr. Anderson Sant'Ana Pedra, que me estimulou a ingressar neste programa, auxiliando-me e aconselhando-me nesse caminho acadêmico, bem como ao Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra e ao Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira, que abrilhantaram e engrandeceram o presente trabalho com considerações e reflexões relevantes.

Da mesma forma, agradeço às professoras coordenadoras do curso de Mestrado Profissional em Gestão Pública, Marilene Olivier Ferreira de Oliveira e Taciana de Lemos Dias;

Aos colegas de turma, pelos momentos agradáveis que vivemos juntos, nos quais pude apreender com a experiência e vivência de cada um;

Aos nobres Procuradores do Estado do Espírito Santo, que tiveram de dividir a minha atenção com esse projeto e que, de várias formas, colaboraram com execução desse trabalho.

E, por fim, a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que eu pudesse percorrer esse caminho.

RESUMO

O Estado, no exercício de sua missão, para o fornecimento de bens ou realização de serviços que não consegue oferecer ou executar ele próprio, vê-se obrigado a celebrar, com particulares, contratos nos quais se mostra necessária a garantia da equação econômico-financeira dessas relações. Essa garantia, constitucionalmente prevista, vem sendo analisada pela Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos. Segundo essa visão, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos deve sempre ser avaliado segundo a dicotomia existente entre os eventos (ou riscos) previsíveis e os imprevisíveis. Todavia, com o desenvolvimento do mercado e o amadurecimento dos contratos públicos, começou-se a questionar a dificuldade de se avaliar, na prática, entre os mais diversos tipos de áleas ou riscos, quais seriam previsíveis, e assim ordinários, e quais seriam imprevisíveis, e assim extraordinários. Esse tema suscita diversos questionamentos e muitas inseguranças, em especial quanto à variação cambial nos contratos públicos intimamente ligados a moedas estrangeiras. Assim, ao discutir-se essa questão, pretende-se avaliar se a aplicação da Perspectiva da Alocação dos Riscos pode trazer luz ao presente dilema. Para tanto, procedeu-se o levantamento de dados referentes aos contratos realizados pela Administração Pública Direta do Estado Espírito Santo, submetidos à Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES) entre os anos de 2012 e 2016 que possuíam contratações ligadas ao mercado externo.

Palavras-chave: Contrato Administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Perspectiva das Áleas ou Riscos. Variação Cambial. Perspectiva da Alocação dos Riscos.

ABSTRACT

The State, in its mission, is obligated to celebrate contracts with private companies in order to provide goods and services that it can't provide by itself, when it's necessary guarantee the economic-financial equation of these relations. This guarantee, constitutionally foreseen, therefore, has been analyzed by the Traditional Perspective of Aleas or Risks. For this view, the economic-financial balance of contracts should always be assessed according to the dichotomy between predictable and unpredictable events (or risks). However, with the development of the market and the maturing of public contracts, the difficulty of assessing in practice began to be questioned among the most diverse types of measures or risks, whether they would be predictable, and therefore ordinary, or unforeseeable, and so extraordinary. This issue has been raising questions and insecurities, especially regarding the exchange variation in public contracts linked to foreign currencies. So, with this discussion in question I intend to evaluate if the application of Risk Allocation Perspective can help solve this dilemma. With this objective, data was collected regarding the contracts carried out by the Public Administration of Espírito Santo, submitted to the PGE-ES between 2012 and 2016 that had contracts related to the foreign market.

Key words: Public Contract. Economic-financial balance. Theory of Aleas or risks. Exchange Variation. Perspective of Risk Allocation.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Síntese dos Acórdãos do TCU.....	50
Tabela 2 – Vinculação do Contrato Analisado ao Dólar	59
Tabela 3 – Variação Cambial entre a Data do Certame e a Data do Protocolo do Requerimento de Reequilíbrio Econômico-financeiro	61
Tabela 4 – Variação Cambial entre a data do Contrato e a data do Protocolo do Requerimento de Reequilíbrio Econômico-financeiro	62

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

CCP – Código de Contratos Português

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

LGC – Lei Geral de Concessões

LGL – Lei Geral de Licitações

PGE-ES – Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PPPs – Parcerias Público-Privadas

RDC – Regime Diferenciado de Contratação.

Secont – Secretaria de Controle Externo e Transparência do Estado do Espírito Santo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CONTEXTO E PROBLEMA.....	13
OBJETIVO GERAL.....	15
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	15
JUSTIFICATIVA E DELIMITAÇÃO.....	16
1. MÉTODOS E PROCEDIMENTOS	17
1.1 A ABORDAGEM E O TIPO DA PESQUISA	17
1.2 AS FONTES DE DADOS E INFORMAÇÕES.....	17
1.3 OS PROCEDIMENTOS DE COLETA DE DADOS.....	18
1.4 AS FORMAS PREVISTAS PARA ANÁLISE DOS DADOS.....	20
2. DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	22
2.1 DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DAS ÁLEAS OU RISCOS.....	27
2.1.1 Teoria da Imprevisão.....	27
2.1.2 Conceito de álea ou risco.....	29
2.1.2.1 Álea ordinária ou empresarial.....	31
2.1.2.2 Álea extraordinária administrativa.....	32
2.1.2.3 Álea extraordinária econômica.....	33
2.1.3 Responsabilidade pelos riscos ou áleas nos contratos submetidos à Lei Geral de Licitações: regra geral dos contratos públicos.....	34
2.1.4 Dificuldade na distinção entre áleas ordinárias e extraordinárias: limitação da Teoria Tradicional das Áleas.....	38
2.1.4.1 Primeiro Requisito	39
2.1.4.2 Segundo Requisito	40

2.1.4.3 Terceiro Requisito	41
2.1.4.4 Quarto Requisito	42
2.1.4.5 Requisitos como portadores de conceitos abertos e indeterminados	42
2.2 DA VARIAÇÃO CAMBIAL E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	44
2.2.1 Perspectiva tradicional na doutrina	45
2.2.2 Perspectiva tradicional na Jurisprudência do TCU	46
2.2.3 Perspectiva tradicional na Jurisprudência do STJ	51
2.2.4 Perspectiva tradicional e o regime de câmbio brasileiro	54
2.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO ANTE A VARIAÇÃO CAMBIAL NOS CONTRATOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO ANALISADOS NESTE TRABALHO.....	57
2.3.1 Esclarecimentos Iniciais quanto à análise dos dados coletados	57
2.3.2 Análise dos dados colhidos nos processos administrativos referentes às contratações em que se verificou requerimento de revisão do equilíbrio econômico-financeiro	59
2.3.3 Conclusões acerca dos dados coletados.....	62
3. RESULTADOS E DISCUSSÕES	66
3.1 DA PERSPECTIVA DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS COMO APRIMORAMENTO DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DAS ÁLEAS OU RISCOS	66
3.1.1 Alocação ou divisão objetiva dos riscos	66
3.1.2 Matriz de risco	68
3.1.3 Critérios para uma alocação minimamente objetiva	70
3.2 DA POSSIBILIDADE DE ALOCAÇÃO DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES REGIDAS PELA LEI Nº 8.666/93 COMO SOLUÇÃO PARA A VARIAÇÃO CAMBIAL. MATRIZ DE RISCOS	71
3.2.1 A alocação do risco cambial como garantia ao princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro.....	74

3.2.2 A alocação do risco cambial e a segurança jurídica.....	76
3.2.3 A alocação do risco cambial e o princípio da eficiência e economicidade	77
3.2.4 A alocação do risco cambial a publicidade e a transparência.....	81
3.2.5 A alocação do risco cambial e o caráter competitivo do certame..	82
3.2.6 A alocação do risco cambial e a isonomia.....	83
3.2.7 A alocação do risco cambial e o espaço de análise do Estado Juiz.....	84
3.2.8 A alocação do risco cambial e as conclusões parciais	85
3.3 DA SUGESTÃO DE SOLUÇÃO A PROBLEMÁTICA DECORRENTE DO RISCO DA VARIAÇÃO CAMBIAL	86
3.3.1 Elaboração de matriz de risco estabelecendo previamente o percentual/quantitativo da variação cambial apto para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro.....	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

INTRODUÇÃO

O Estado, de modo geral, tem a responsabilidade de prover a sociedade com bens e serviços, no intuito de estabelecer políticas voltadas para a justiça social, destacando-se a educação, a saúde, a segurança, a distribuição de renda, dentre outras. Em razão disso, impõe a arrecadação de taxas e impostos, entre outros, como fonte de receita para fazer face às suas obrigações e para que possa atender às necessidades sociais (VASCONCELLOS, 2007).

Entretanto, quando o ente estatal, pelas mais diversas razões, opta por não atender diretamente aos reclames sociais estabelecidos em suas políticas públicas, faz-se necessária a contratação de bens e serviços do setor privado.

Para tanto, o Estado faz uso alguns instrumentos, dentre os quais se destaca o contrato administrativo, responsável pela formação do vínculo obrigacional estabelecido entre o ente estatal, no exercício da função administrativa, e o particular, celebrado para atender ao interesse público. Esse enlace obrigacional tem por objetivo trazer segurança jurídica, permitindo que relações sociais e econômicas se desenvolvam nos seus mais variados aspectos.

Contudo, diferentemente das obrigações contraídas sob o regime de direito privado, nos contratos administrativos a Administração Pública, por representar o interesse coletivo, assume posição privilegiada em relação à parte privada.

Objetivando “contrabalancear” essa relação entre a parte pública e a privada, desenvolveu-se o conceito constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em que se procurou garantir a manutenção da rentabilidade e da lucratividade existentes quando da sua celebração.

Em que pese a necessidade de os contratos celebrados sob a égide do direito privado também conservarem o equilíbrio econômico-financeiro, esse aspecto ganhou considerável relevância nos ajustes de natureza administrativa, que têm contornos constitucionais. A propósito, basta verificar que o constituinte, no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Brasileira de 1988, estabeleceu a necessidade de que as compras e alienações públicas preservem sempre as “[...] condições efetivas da proposta” (BRASIL, 1988).

No plano infraconstitucional, conceberam-se institutos jurídicos com o propósito de garantir a manutenção desse equilíbrio, ou melhor, para que a proporção entre custos e lucros, receitas e despesas, existentes no ato da celebração do contrato, perdurasse no curso de toda a sua execução. Essa preocupação materializou-se na Lei Geral de Licitações (LGL) – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993), que tratou de regulamentar relevantes instrumentos jurídicos; e, também, em leis especiais de contratação, a exemplo da Lei de Concessões e Permissões – Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995); da Lei de Parcerias Público-Privadas (PPPs) - Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004); da Lei do Regime Diferenciado de Contratação Públicas (RDC) – Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011); e da Lei das Empresas Estatais – Lei nº 13.303, 30 de Junho de 2016 (BRASIL, 2016).

CONTEXTO E PROBLEMA

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em regra, vem sendo analisado e tratado segundo o prisma dualista da visão tradicional das áleas (ou riscos), em que os eventos sujeitos a influenciar a relação contratual administrativista precisam ser caracterizados, necessariamente, entre previsíveis e imprevisíveis, ordinários e extraordinários (GUIMARÃES, 2017, p. 39).

Entretanto, com a crescente complexidade e dinâmica das relações contratuais públicas e do próprio mercado ao seu entorno, vem-se mostrando muitas vezes difícil definir se um dado acontecimento (risco ou álea) pode ser enquadrado como previsível ou imprevisível, ou previsível com consequências incalculáveis. Ou seja, cada vez mais, em diversas situações cotidianas da Administração Pública, tem-se tornado difícil traçar uma linha divisória entre os riscos ordinários e os extraordinários para efeito do equilíbrio econômico-financeiro.

A sistemática em questão busca dividir, entre ordinários e extraordinários, os riscos aptos a influenciar o contrato administrativo. Contudo, muitas vezes, ao se trazer os olhos para caso concreto, no qual se verifica o risco (ou álea), não se revela fácil enquadrá-lo nessa dicotomia (previsível ou imprevisível), prejudicando a decisão acerca do instrumento de proteção adequado (reajuste ou revisão, por exemplo).

Nesse contexto, chama-se atenção aos contratos administrativos intimamente ligados ao mercado externo, ponto de interesse desse trabalho, em que o nível da variação cambial pode ser a linha que separa o contrato lucrativo do inviável, ou o “preço de mercado” do “superfaturado”.

A doutrina e a jurisprudência têm classificado a variação cambial ora como risco ordinário (ou previsível), fator próprio das atividades contratuais (JUSTEN FILHO, 2016)(BRASIL, 2011), ora como risco extraordinário (ou imprevisível), circunstância abrupta e exagerada, que estaria fora da órbita normal das partes contratantes, influenciando, conseqüentemente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (GARCIA,2016) (BRASIL, 2017a). Essa percepção tem gerado dificuldades e inseguranças, principalmente nas contratações que envolvem bens e serviços intensamente ligados ao mercado externo e, por isso, sensíveis às oscilações da moeda estrangeira.

No intuito de compreender os procedimentos empreendidos diante da problemática em questão, realizou-se uma pesquisa entre os processos administrativos de contratação da Administração Pública Direta do Estado do Espírito Santo. Numa análise inicial, foi possível verificar a existência de posições distintas sobre o tema, pois, em uma parte dos processos administrativos de contratação, entendeu-se que a variação cambial seria suficiente para romper o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, em outros, entendeu-se que a oscilação não seria suficiente.

Tal dificuldade é capaz de afetar sensivelmente os contratos administrativos que possuem vinculação ou ligação com moeda estrangeira, em especial os contratos de aquisição de produtos e insumos pelos órgãos e entes da Administração Pública do Estado do Espírito Santo, colocando em grande tensão, sempre que ocorrem oscilações cambiais no mercado, os setores administrativos responsáveis pelo acompanhamento desses contratos.

Além disso, a insegurança quanto à interpretação que possa vir a ser dada à variação cambial abrupta ou extraordinária leva os interessados na contratação a incluírem, muitas vezes, na proposta comercial, os eventuais custos que possam advir dessa variação, prejudicando a busca pela economicidade da contratação, o que ressalta a relevância do presente tema.

Outra questão decorrente desse problema é o interstício para os favorecimentos ilícitos em razão da ausência de critérios objetivos e do consequente alto grau de subjetividade da decisão administrativa que analisa eventuais requerimentos de reequilíbrio econômico-financeiro, permitindo que o agente público responsável pela decisão adote mais de uma solução possível para situações semelhantes, segundo seu “humor” ou as “pressões políticas”, vulnerando gravemente o princípio da impessoalidade.

Diante desses fatores que atormentam entes e órgãos das administrações públicas e, em especial, a do Estado do Espírito Santo, coloca-se a questão principal desse trabalho: **A Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos apresenta critérios suficientes que permitam avaliar, com segurança, se a variação cambial, em um dado contrato administrativo da Administração Pública Direta do Estado do Espírito Santo, seria enquadrada como álea ordinária ou extraordinária?**

Soma-se a essa, a seguinte questão: **Poderia a Perspectiva da Alocação de Riscos contribuir para mitigar uma eventual insegurança decorrente da dificuldade de se enquadrar a variação cambial como álea ordinária ou extraordinária?**

OBJETIVO GERAL

Esta pesquisa pretendeu analisar e compreender a problemática decorrente da dificuldade de se classificar à variação cambial como evento (risco) ordinário ou extraordinário, segundo a Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, para efeito de verificação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1) Identificar como a variação cambial, na condição de risco (álea), vem sendo tratada nos contratos da Administração Pública Direta do Estado do Espírito Santo, para efeito de análise do equilíbrio econômico-financeiro;

- 2) compreender se os critérios que vêm sendo utilizados são suficientes para analisar, de forma objetiva e precisa, a questão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos em curso nos entes e órgãos do Estado do Espírito Santo;
- 3) demonstrar, com o escopo de proporcionar um novo paradigma para as contratações públicas, que o uso dos conceitos da Perspectiva da Alocação de Riscos, mais comuns aos contratos de concessões públicas que possuem relevante ligação com o mercado externo e os câmbios estrangeiros, possibilitam reduzir ou eliminar a problemática apresentada.

JUSTIFICATIVA E DELIMITAÇÃO

Os contratos administrativos sensivelmente influenciados pela variação cambial são motivo de tensão e de preocupação para os gestores públicos, levando-os, muitas vezes, a serem, por demais morosos na sua execução e economicamente inviáveis.

À vista disso, a pesquisa realizada se justifica pelas necessidades (i) de trazer objetividade e clareza a questões decorrentes da variação cambial, em especial em relação aos contratos administrativos realizados pela Administração Pública Direta do Estado do Espírito Santo e (ii) de verificar se existem outros elementos capazes de auxiliar na distinção entre as situações em que o equilíbrio econômico-financeiro se manteve e aquelas em que a equação econômico-financeira da relação jurídica contratual foi rompida.

Para tanto, foram analisados 12 (doze) processos administrativos de contratação, enviados para análise da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES) entre os anos de 2012 e 2016, em razão do requerimento do reequilíbrio econômico-financeiro pretendido pelo particular, nos quais foram avaliadas as cotações do dólar em períodos relevantes, tais como os da data de publicação do certame, da data de celebração do contrato ou da data de adesão à ata de registro de preço, do requerimento de revisão do equilíbrio econômico-financeiro e das respectivas oscilações cambiais entre os marcos em questão, e sua importância para a formação e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos.

1. MÉTODOS E PROCEDIMENTOS

A partir dos objetivos supracitados, algumas reflexões foram feitas no sentido de identificar os métodos e procedimentos mais adequados, particularmente: a abordagem, o tipo de pesquisa, a amostra, os instrumentos de coleta e a forma como os dados serão tratados.

1.1 A ABORDAGEM E O TIPO DA PESQUISA

A definição da abordagem que será dada à pesquisa é questão relevante para a análise da metodologia de qualquer trabalho científico, isso porque será a pesquisa que proporcionará o entendimento sobre determinada situação e realidade que se pretende investigar (GERHARDT, 2009).

Destarte, a pesquisa científica, quanto à abordagem, pode ser classificada em quantitativa, que “[...] não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização [...]” (GERHARDT, 2009, p. 31-33), ou qualitativa, que pressupõe uma metodologia própria das ciências sociais.

Considerando o que destaca Gerhardt (2009), esta pesquisa tem caráter qualitativo, tendo em vista que pretende melhor compreender o fenômeno inerente às teorias do direito administrativo e suas consequências sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos.

Assim, quando ao tipo de pesquisa, o trabalho em questão pretende constituir-se uma pesquisa documental, explicativa causal, além de bibliográfica, que aparece aqui com duas finalidades: a primeira, para a realização da fundamentação teórica e, a segunda com o fito de tratar, especificamente, da teoria utilizada para a análise a ser realizada.

1.2 AS FONTES DE DADOS E INFORMAÇÕES

A fonte de dados e informações dessa pesquisa são de natureza: (a) bibliográfica e, (b) documental. O *primeiro* tipo de informação (a) foi obtido a partir de dados

secundários, tais como obras de referência, teses e dissertações, periódicos científicos, dentre outros (GIL, 2008), extraídos de livros e periódicos encontrados nas bibliotecas especializadas no campo da ciência jurídica de forma geral, tendo sido analisados os arquivos disponibilizados na rede mundial de computadores.

Quanto ao *segundo* tipo de informação (b), foi adquirido por meio de procedimento de coleta de dados secundários e primários a partir dos documentos que integram os 12 (doze) processos administrativos de contratação selecionados, descritos em seguida.

1.3 OS PROCEDIMENTOS DE COLETA DE DADOS

Segundo Gerhardt (2009, p. 56), a coleta de dados “[...] compreende o conjunto de operações por meio das quais o modelo de análise é confrontado aos dados coletados”. Assim, na primeira fase, esta pesquisa foi realizada por meio do método bibliográfico, cujo procedimento de coleta de dados mais adequado é a revisão de literatura.

Com esse fito, foi realizada uma pesquisa bibliográfica referente à Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, bem como das críticas que pudessem existir quanto à sua capacidade de selecionar, de forma segura, os riscos ou áleas relevantes e capazes de influenciar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em especial, em relação à variação cambial.

Em seguida, procedeu-se pesquisa bibliográfica que trouxesse a Alocação de Riscos como uma alternativa viável à perspectiva tradicional para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Quanto ao procedimento de coleta de dados documentais, efetivou-se, inicialmente, uma busca no sistema eletrônico de pareceres e manifestações da PGE-ES – o PGE.NET –, no período compreendido entre os anos de 2012 e 2016, procurando localizar manifestações e pareceres elaborados em razão de consulta que envolvesse, justamente, a problemática da caracterização, ou não, da variação cambial, como álea ordinária ou extraordinária.

Após as buscas realizadas no sistema digital em questão, utilizando-se as palavras-chave “variação cambial”, “equilíbrio econômico-financeiro” e “reequilíbrio”, dentre outras variáveis, pode-se localizar 12 (doze) processos administrativos de contratação da Administração Direta do Estado do Espírito Santo, em que a parte contratada pleiteou a revisão econômico-financeira do contrato em razão de variações cambiais ocorridas no curso do referido contrato.

Deve-se esclarecer que a razão para a escolha do ano de 2012 como marco inicial deu-se em função da consolidação da digitalização das manifestações da PGE-ES ocorrida nesse ano, facilitando a localização dos processos administrativos no banco de informações da instituição. Quanto ao marco final (2016), a razão da sua fixação foi a necessidade de analisar-se contratos findos ou em conclusão, de modo a garantir o acesso a eles.

Nos processos administrativos analisados, mostrou-se necessário que a Administração Pública Estadual analisasse e aferisse se as variações cambiais verificadas seriam legalmente enquadradas como áleas ordinárias ou extraordinárias, ou seja, se poderiam justificar a revisão do contrato com o objetivo de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro.

Percebeu-se, ainda, que os referidos processos administrativos envolviam a contratação dos mais diversos produtos que, por sua natureza e especificidade, possuíam grande vinculação com moedas estrangeiras, em especial o dólar, motivo pelo qual a análise da questão merecia atenção dos gestores públicos, mais especificamente dos fiscais dos referidos contratos.

Apesar de todos os processos administrativos tratarem do reequilíbrio econômico-financeiro em razão da variação cambial em situações semelhantes, percebeu-se que, em 9 (nove) deles, decidiu-se pela impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos, sob o fundamento de a variação cambial apontada ser caracterizada como álea ordinária.

Nos outros 3 (três) processos administrativos, decidiu-se pela possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, tendo em vista a variação cambial ser enquadrada como álea extraordinária.

As informações coletadas em cada um dos processos administrativos selecionados foram as seguintes: (a) o objeto a ser contratado; (b) a forma de sua vinculação à moeda estrangeira, seja porque o produto em sua totalidade é importado, seja porque utiliza-se de insumo importado; (c) as datas da realização do certame, da assinatura do contrato e/ou da adesão à ata; e (d) a respectiva cotação da moeda estrangeira para venda, vigente em cada um dos respectivos períodos.

1.4 AS FORMAS PREVISTAS PARA ANÁLISE DOS DADOS

Ao proceder a pesquisa bibliográfica pertinente ao tema desta pesquisa, buscou-se verificar se as informações coletadas demonstravam ou não a hipótese levantada neste trabalho (GERHARDT, 2009). Posteriormente, pretendeu-se verificar se a hipótese analisada é aplicável, em tese, nos casos delineados nos processos administrativos selecionados.

Por fim, quanto aos aspectos da pesquisa documental, realizou-se a análise dos processos administrativos de contratação em questão, registrando-se todos os aspectos relevantes para a apreciação da sistemática do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido, em especial, o grau de variação cambial do dólar comercial nos períodos da realização do certame, da assinatura do contrato e/ou da adesão à ata, procurando-se compreender se houve a adoção de critérios objetivos que pudessem distinguir, de fato, as variações cambiais ordinárias das extraordinárias.

Isso foi realizado com o propósito de analisar se existiam, nos processos administrativos selecionados, elementos que justificassem os tratamentos distintos adotados em relação aos pleitos de revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, enquadrando, em alguns casos, a variação cambial como álea ordinária (nove situações) e, em outros casos, como álea extraordinária (três situações).

Em seguida, pretendeu-se analisar se o problema em questão poderia ter sido mitigado pela adoção, pela Administração Pública, da Perspectiva da Alocação de Riscos.

Ao fim e ao cabo, confirmando-se ou não a hipótese defendida, elaborou-se sugestão com vista à adequação dos contratos administrativos comuns (Lei nº 8.666/93) da Administração Estadual à perspectiva de Alocação de Riscos, por meio de recomendações para a elaboração de uma matriz de risco que trate exclusivamente dos riscos cambiais.

2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O acordo de vontades apto a constituir uma relação jurídica entre as partes sempre foi tratado como um vínculo absoluto, do qual as partes não poderiam se escusar, qualquer que fosse a justificativa, nos termos do pesado princípio do *pacta sunt servanda*, que fazia “lei” entre as partes (TÁCITO, 1992, p. 90).

Entretanto, com a evolução da sociedade, e assim do direito, em meio a momentos difíceis que circundaram as duas grandes guerras mundiais, a aplicação de tal regra começou a ser suavizada, em especial com a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* (MELLO, 1968, p. 05).

O cenário de incertezas e de mudanças econômicas cada vez mais rápidas influenciou para que “[...] o direito administrativo não mais pudesse deixar de reconhecer a crescente importância do aleatório, atribuindo-lhe efeitos específicos para, conforme o caso, rever o contrato ou rescindi-lo” (WALD, 1984, p. 05). Como a escolha pela rescisão muitas vezes representava prejuízo para ambas partes e, sobremaneira, à coletividade, começou-se a introduzir a ideia de “flexibilidade”, oriunda do direito francês *souplesse*, que representa “[...] uma interpretação construtiva e negociada do pactuado para preencher os eventuais espaços vazios e superar as dificuldades geradas por normas que não previram os fatos da maneira pela qual aconteceram” (WALD, 1984, p. 06).

Esse contexto propiciou o desenvolvimento da Teoria da Imprevisão, que permitia a alteração de contratos de execução diferida ou continuada, ante a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis com consequências imprevisíveis, tendo em vista a necessidade de manutenção da equivalência inicialmente formada entre os encargos e as suas correlatas retribuições. Segundo essa teoria, sempre que entre essas variáveis houvesse uma brusca alteração que tornasse demasiadamente oneroso o cumprimento do contrato para uma das partes o vínculo obrigacional poderia ser revisto (FERREIRA, 1987, p. 30).

A aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos influenciou a concepção de que tais ajustes deveriam sempre manter a “[...] equivalência

inicialmente formada entre os encargos e suas correlatas retribuições” (LIMA, 2007, p. 46).

Assim, no âmbito dos contratos administrativos, edificou-se o conceito de equilíbrio econômico-financeiro que, de modo simples, seria a “mola propulsora” responsável por trazer o contrato administrativo às suas condições originais sempre que fosse “atingido” por eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis (artigo 65, inciso II, “d”, da Lei nº 8.666/93).

Dessa forma, os conceitos da “Teoria da Imprevisão” e do “Equilíbrio econômico-financeiro” acabaram por se desenvolverem de forma interligada. Sempre que uma das hipóteses previstas na referida teoria se verificasse, o contrato administrativo teria seu equilíbrio econômico-financeiro ameaçado e, por isso, necessitaria ser reequilibrado, ou seja, trazido à condição original de “balanceamento”.

Apesar de tais conceitos não serem estranhos às relações regidas por preceitos privados, a Teoria da Imprevisão e o Equilíbrio econômico-financeiro receberam especial e denso tratamento nos contratos administrativos em razão da desproporcional relação entre polo público e polo particular.

Os contornos que se tem hoje acerca desses institutos tiveram origem, em boa medida, no Direito Francês, tendo como um dos precursores o julgamento, na primeira década do século XX, do litígio envolvendo a Cidade de Marselha e a *Compagnie Générale Française des Tramways*, perante o Conselho de Estado Francês (TÁCITO, 1992, p.92).

A referida companhia de trens havia celebrado contrato de concessão para o transporte de pessoas por meio de bondes e, em razão da demanda de alguns usuários, a Administração Municipal exigiu que a empresa aumentasse a frequência dos bondes, bem como ampliasse suas linhas para atender outras regiões da cidade, o que majorou sensivelmente os custos do serviço, alterando profundamente o arranjo econômico-financeiro da concessão em questão (TÁCITO, 1992, p. 92).

Nesse histórico precedente do Conselho de Estado Francês¹, datado de 21 de março de 1910, o Comissário de Governo Léon Blum², ao relatar o caso referido, ponderou que a companhia concessionária “[...] estava obrigada às alterações unilaterais impostas pela administração pública [...]” (FERREIRA, 1987, p. 24), tendo em vista a necessidade de se garantir a continuidade do serviço público e assim o interesse público de forma geral.

Entretanto, de acordo com Ferreira (1987, p. 24), tais “[...] alterações unilaterais impostas pela administração pública [...]”, fizeram surgir, em favor daquela concessionária, o “[...] direito a reclamar uma indenização como reparo do prejuízo que demonstre lhe ter sido causado pela oneração assim acarretada aos encargos da exploração” (FERREIRA, 1987, p. 24).

Nesse julgamento histórico, o referido comissário considerou que, se as alterações unilaterais impostas pela Administração Pública eram aptas a destruir a “economia financeira do contrato”, teria surgido em favor da concessionária de trens “[...] um direito de indenização, ou, mais exatamente, o direito de reclamar um suplemento de remuneração” (FERREIRA, 1987, p. 24).

Em complemento a isso, o Conselho de Estado Francês, no referido precedente, asseverou que seria da própria essência de todo o contrato administrativo buscar igualdade entre as vantagens estabelecidas e os encargos impostos, portanto, que as “[...] vantagens e os encargos devem equilibrar-se de modo a formar a contrapartida dos lucros prováveis e das perdas previstas” (FERREIRA, 1987, p. 24). Ou seja, a “[...] honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige” (DI PIETRO, 2011, p. 98).

A partir de precedentes como esse, foi-se concebendo, no direito francês, a regra do equilíbrio financeiro do contrato administrativo, “[...] no sentido de que sempre que se

¹ O Direito Frances possui o sistema de “dualidade de jurisdição”, onde se concebeu o estabelecimento de uma Justiça Administrativa, competente para analisar e julgar lides que envolvessem atos e condutas da Administração Pública, e uma Justiça Comum, competente por analisar e julgar lides que envolvessem os demais tipos de relações jurídicas. Neste contexto do sistema francês, o Conselho de Estado ocupa o ponto mais elevado da Justiça Administrativa (CARVALHO FILHO, 2017, p.569).

² O Comissário de Governo Léon Blum foi relevante integrante do Conselho de Estado Francês, entre o período de 1895 e 1915, tendo participado de históricos julgamentos do referido tribunal máximo da jurisdição administrativa.

agravassem os encargos do outro contratante por ato unilateral da Administração, cabia a esta indenizar a álea extraordinária acrescida ao contato [...]” (TÁCITO, 1992, p. 92-93), decorrente do princípio da equidade, consolidando a necessidade de que as obrigações contratuais sejam sempre equivalentes, originando o conceito da “equivalência honesta” entre as partes que integram um contrato.

Esse precedente do Conselho de Estado Francês serviu para firmar dois importantes pilares do direito público, quais sejam: (a) que a Administração Pública, no exercício do seu Poder Regulamentar, pode alterar o contrato administrativo no estrito cumprimento do interesse público, (b) tendo como dever respeitar, para tanto, a “equivalência honesta” da contratação, ideal que serviria de base para o estabelecimento da equação econômico-financeira do contrato (TÁCITO, 1961, p. 04).

Soma-se a isso o fato de que esse precedente, nos dizeres de Di Pietro (2011, p.98), influenciou o desenvolvimento de outras teorias pelo Conselho de Estado Francês, que viriam a ser “[...] encampadas por vários outros países, inclusive o nosso [...]”, tais como as Teorias do Fato do Príncipe e Fato da Administração e a Teoria da Imprevisão, que permitiram melhor compreender a mutabilidade do contrato administrativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, os alicerces do instituto do Equilíbrio econômico-financeiro começaram a estruturar-se a partir da Constituição Federal de 1934, que em seu artigo 137 procurava garantir a “[...] justa retribuição do capital” (BRASIL, 1934). Repetindo o mesmo preceito, o artigo 147 da Constituição de 1937 garantia a “justa e adequada” retribuição do capital aplicado em razão da exploração de serviços públicos concedidos (BRASIL, 1937).

Todavia, foi somente no texto do artigo 160 da Constituição Federal de 1967, e depois, na Constituição de 1969, em seu artigo 167, que se utilizou a expressão “[...] equilíbrio econômico e financeiro do contrato” (BRASIL, 1967).

Na atual Constituição (1988), o equilíbrio econômico-financeiro foi materializado no artigo 37, inciso XXI, em que o constituinte garantiu a manutenção das “[...] condições efetivas das propostas [...]” (BRASIL, 1988), conforme se pode observar:

Artigo 37. [...]

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Assim, para a Constituição Federal de 1988, manter as condições efetivas da proposta é sinônimo de manter o equilíbrio econômico-financeiro. Destarte, é possível defender, na ordem constitucional vigente, a existência do princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que tem incidência em todas as transações administrativas “[...] independentemente de previsão legislativa ou contratual (e, até mesmo, contra a previsão legislativa e contratual) [...]” (LIMA, 2007, p. 58-59), conforme preceito constitucional claramente insculpido no artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88 (NIEBUHR, 2015, p. 975).

Antes mesmo da atual Constituição, Wald (1984, p. 05) já defendia a existência do “[...] princípio da manutenção do equilíbrio econômico e financeiro, decorrente do princípio da igualdade, lealdade e boa-fé entre os contratantes, uma vez que “[...] o dever ético de garantir a equação econômica é também um dever jurídico da administração, [...] que não admite o sacrifício dos interesses particulares em proveito do interesse público, sem o justo ressarcimento [...]” (WALD, 1984, p. 08).

No mesmo sentido, Mukai (2006, p. 02) defende a natureza principiológica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato público, sustentando que “[...] quaisquer ônus a serem suportados, por ato do Contratante (ente público) ou não, deverá resultar no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato [...]”, tendo como fundamento a “[...] expressão ‘mantidas as condições efetivas da proposta’, prevista no inciso XXI do artigo 37 da CF” (MUKAI, 2006, p. 02).

Mukai (2006, p. 02) adverte, porém, que essa “[...] expressão não significa que as condições iniciais da proposta sejam imutáveis, mas sim que o contratado tem o direito de ver sempre mantidas as condições que efetivamente estiverem sendo por ele suportadas”. Logo, havendo alterações nas condições iniciais da proposta que alterem sensivelmente os “[...] ônus que venham a ser impostos ao contratado, por ato da Administração ou não, as condições referidas terão que se adaptar a essa nova

situação. A isto se denomina de princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (MUKAI, 2006, p. 02).

A relevância constitucional desse instituto/princípio impulsionou o desenvolvimento de instrumentos competentes capazes de garantir o equilíbrio em questão, bem como de restaurá-lo, no caso de abruptos rompimentos. À vista disso, algumas considerações necessitam ser feitas para que se entenda melhor o porquê da existência da problemática concernente ao objeto deste estudo, que passa pela dificuldade de se diferenciar os tipos de riscos/áleas, para efeito de equilíbrio econômico-financeiro.

2.1 DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DAS ÁLEAS OU RISCOS

Para compreender como os fatos ou eventos aptos a influenciar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos vêm sendo tratados pela doutrina e pela jurisprudência, é preciso analisar alguns conceitos e teorias anteriores. Nesse sentido, deve-se pontuar que este estudo utilizou a expressão “Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos” em contraposição ao conceito de “Perspectiva Alocação de Áleas ou Riscos”, que será tratado mais adiante como aperfeiçoamento do primeiro.

Assim, ao atribuir-se o aspecto “tradicional” ao pensamento teórico em questão, está-se referindo à ótica comum, na percepção predominante acerca do tema atinente ao equilíbrio econômico-financeiro, que se limita a classificar os eventos entre ordinários e extraordinários (PEREZ, 2006).

Ademais, deve-se esclarecer que o desenvolvimento do conceito de equilíbrio econômico-financeiro foi relevante para que a Teoria da Imprevisão evoluísse e fosse ampliada para tratar eventos inesperados, porém significativos o bastante para influenciar a execução dos contratos administrativos, conforme tratar-se-á adiante.

2.1.1 Teoria da Imprevisão

A compreensão da aqui chamada “Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos” passa pela análise da teoria que lhe serviu de embrião, qual seja, a Teoria da

Imprevisão. Essa teoria, segundo Bittar Filho (1992, p. 265), teve sua origem nos primórdios no direito romano, berço da cláusula *rebus sic stantibus*. Já na Idade Média, Santo Agostinho “[...] pregava que não haveria infidelidade pelo descumprimento de uma promessa, desde que ocorresse alguma coisa que impedisse e execução fiel da promessa [...]” (BITTAR FILHO, 1992, p. 265), justificando, por meio da ética cristã, o equilíbrio contratual.

Entretanto, com o advento da Idade Contemporânea (século IX), a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* passou por um período de crise e esquecimento em meio aos movimentos de codificações, que favoreciam o endurecimento da força vinculadora dos contratos (BITTAR FILHO, 1992, p. 267).

As convulsões político-sociais que culminaram na Primeira Guerra Mundial começaram por questionar a força vinculatória dos contratos, o que ocasionou a retomada do ideal justificador da cláusula *rebus sic stantibus*, que acabaria por receber “[...] nova roupagem, apesar de não ter havido, propriamente, radical formulação” (BITTAR FILHO, 1992, p. 267), consolidando a Teoria da Imprevisão.

Ainda segundo Bittar Filho (1992, p. 268), a essência dessa teoria é a ideia de que, quando acontecem fatos extraordinários (imprevisibilidade) aptos a provocarem a modificação do estado do fato, gerando *onerosidade excessiva* no cumprimento das obrigações, surge a possibilidade de se rescindir o contrato ou de se pleitear que o Estado Juiz reestabeleça o equilíbrio desfeito.

Assim, a aplicação dessa teoria no direito brasileiro decorreu da relativização da força vinculatória dos contratos privados (aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*) somada aos conceitos de fato imprevisível e onerosidade excessiva na prestação (LIMA, 2007, p. 13-14).

A sua aplicação nos contratos públicos há muito pode ser observada na doutrina e jurisprudência pátrias – o artigo 167 da Constituição de 1967, conforme registra Di Pietro (2017, p. 366-367), já obrigava a fixação de tarifas para garantir, “[...] ao concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Dessa forma, defendia-se que “[...] a Administração tem o ônus do restabelecimento integral do equilíbrio econômico, seja qual for o tipo de álea (DI PIETRO, 2017, p. 366-367).

No entanto, em razão da sua origem civilista, a atenção da Teoria da Imprevisão sempre foi voltada para os fatos de natureza econômica (chamada álea econômica extraordinária), ou seja, estranhos as partes, razão pela qual a referida teoria precisa ser analisada em conjunto com outras teorias, como a “Teoria do Fato do Príncipe” e a “Teoria do Caso Fortuito ou Força Maior”, para que se possa compreender a perspectiva da atual Teoria da Áleas ou Riscos.

Para facilitar a compreensão da relação entre essas diversas teorias, pode-se afirmar que tanto a “Teoria da Imprevisão” quanto a “Teoria do Fato do Príncipe” e a “Teoria do Caso Fortuito ou Força Maior” estão topologicamente localizadas dentro da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos aqui analisada. Dito de outra forma, ao fim e ao cabo, essas teorias iniciais estão “contidas” no conjunto maior da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos.

2.1.2 Conceito de álea ou risco

O termo “álea”, segundo Niebuhr (2015, p. 1038), vem do latim e significa “dado de jogar”, ou seja, representa a probabilidade de se perder alguma coisa (prejuízo) frente à probabilidade de se ganhar outra coisa (lucro). No mesmo sentido, complementando a compreensão do conceito em questão, Almeida (2011, p.5-6) assevera que “[...] “álea” se relaciona com a noção de risco de evento futuro, de nascimento possível ou provável, o qual repercute positivamente ou negativamente [...] na vida econômica do contrato administrativo”.

Assim, a partir da compreensão de que todo contrato estaria sujeito a áleas ou riscos, começou-se a delinear a ideia que neste trabalho denominamos “Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos”, com o escopo de melhor tratar a mutabilidade dos ajustes administrativos.

Sobre esse conceito, assaz relevante para o trabalho em questão, França (2011, p. 72-73) esclarece que “[...] a teoria tradicional das áleas funda-se na mutabilidade dos contratos administrativos, isto é, na possibilidade de virem a ser modificadas as condições contratuais originais, estabelecidas no momento da celebração do ajuste”.

Tais modificações, que podem resultar de fatos ou eventos suscetíveis de se verificar no curso da execução de qualquer contrato, são denominadas *áleas*, e a probabilidade de sua ocorrência, de modo a impedir ou dificultar a execução de um contrato, é denominada *risco* (FRANÇA, 2011, p. 72-73). Deve-se esclarecer que, apesar de o autor definir *risco* como sendo a probabilidade da ocorrência da *álea* no curso de um contrato administrativo, no presente trabalho, optou-se por tratá-los como sinônimos (GARCIA, 2014).

Observa-se que a doutrina de Di Pietro (2017, p. 360) subdivide os riscos ou *áleas* que o particular enfrenta em ajustes com a Administração em três tipos. O primeiro, a (a) *álea ordinária* ou *empresarial*, própria da atividade empresarial, intimamente ligada à variação do mercado e à capacidade que o particular tem de se antecipar a ele.

O segundo, a (b) *álea administrativa*, intimamente ligado à uma ação estatal, que pode ser subdividida entre a (b.1) *alteração unilateral* do contrato administrativo, prerrogativa exercida em favor do atendimento do interesse público; o (b.2) *fato do príncipe*, ato de autoridade não direcionado ao contrato, mas apto a refletir sobre ele; e o (b.3) *fato da administração*, entendido como conduta ou comportamento que dificulte ou torne impossível a execução do contrato (DI PIETRO, 2017, p. 360).

O terceiro tipo, a (c) *álea econômica*, trata do risco inerente às “[...] circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato [...]” (DI PIETRO, 2017, p. 360), ensejando a aplicação da “Teoria da Imprevisão”.

As “*áleas*” ou “*riscos*”, segundo a perspectiva tradicional, podem ser classificadas conforme a sua previsibilidade, entre ordinárias ou extraordinárias (NIEBUHR, 2015, p. 1038-1039). De acordo com França (2011, p. 73), enquanto a (I) *álea ordinária* refere-se aos fatos que ocorrem com certa regularidade e previsibilidade, a (II) *álea extraordinária* diz respeito a fatos dotados de tamanha extraordinariedade que são suficientes para alterar a equivalência entre as obrigações e retribuições inicialmente pactuadas e, assim, “romper” a equação econômico-financeira.

Por fim, mostra-se possível ainda, conjugando-se as duas classificações anteriores, a subclassificação da *álea extraordinária* em *álea extraordinária econômica* e *álea extraordinária administrativa*.

Sobre essa classificação, Di Pietro (2017, p. 361) esclarece que, no “[...] direito francês, onde se buscou inspiração para a adoção dessas teorias, a distinção entre as áleas (extraordinárias) administrativas e (extraordinárias) econômicas é relevante [...]”, tendo em vista que na primeira hipótese, “[...] o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes” (DI PIETRO, 2017, p. 361).

Contudo, no caso do “[...] direito brasileiro, entende-se que, seja nas áleas administrativas, seja nas áleas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato [...]” (DI PIETRO, 2017, p. 361), tendo em vista a previsão constitucional do artigo 37, inciso XXI, que exige a manutenção, nas contratações públicas, das “condições efetivas da proposta”, preceito repetido tanto na edição da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), especificamente em seu artigo 65, inciso II, parágrafos 5º e 6º, quanto na edição da Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), em seu artigo 9º.

Destarte, Di Pietro (2017) afirma que, independentemente das teorias a serem aplicadas, sempre que a *álea* for enquadrada como *extraordinária*, a Administração Pública responde sozinha pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, servindo as teorias apenas para fins de classificação e fundamentação da revisão das cláusulas financeiras do contrato.

Em razão disso, a pesquisa priorizou a análise das áleas segundo a sua previsibilidade, ou seja, entre ordinárias ou extraordinárias, tendo em vista o cerne da problemática apresentada na parte inicial. Para uma melhor compressão do tema aqui tratado, mostram-se necessárias algumas considerações acerca da álea ordinária, da álea extraordinária administrativa e da álea extraordinária econômica.

2.1.2.1 Álea ordinária ou empresarial

A álea ordinária ou empresarial é a concretização do risco passível de ocorrer em qualquer tipo de negócio, próprio da referida atividade, sendo, por isso, previsível ao particular contratado pela administração (DI PIETRO, 2017).

Nesse sentido, Borges (2001, p. 90) ilustra que “[...] todo contrato contém uma *álea normal*, na qual se espera que ocorram eventos próprios da contratação [...]” e, em razão dessa perspectiva, sempre que partes opostas celebram um contrato, possuem a plena consciência de que essa vinculação traz alguns riscos. Esses riscos são próprios da atividade comercial como um todo, seja nos contratos celebrados entre particulares, seja nos contratos celebrados entre particular e administração pública.

Na mesma toada, Warnecke (2009, p. 18) afirma que a *álea ordinária* “[...] consiste na assunção de riscos intrínsecos a qualquer empreendimento empresarial e justamente por isso devem ser suportados pelo particular [...]” devendo, em razão disso, ser abarcada pela proposta comercial a ser formulada pelos interessados na contratação.

Dessa forma, Warnecke (2009) adverte que todo o pleito de recomposição de equação econômico-financeira que tem como fundamento essa espécie de risco, própria da atuação empresarial normal, não encontra amparo legal, devendo o particular arcar com os efeitos econômicos de sua incidência.

Para Ferreira (1987, p. 27), a hipótese em questão deve ser denominada de *álea econômica ordinária*, em contraposição ao termo *álea econômica extraordinária*, devendo ser considerada como “normal de qualquer negócio comercial”, que representa o “[...] risco do lucro maior ou menor ou, até mesmo, do prejuízo, que corre por conta de quem exerce a atividade comercial ou industrial”.

Assim, em síntese, a *álea ordinária* ou empresarial, por estar presente em qualquer tipo de empreendimento, caracteriza-se por ser previsível, ou até mesmo imprevisível, mas de reflexos econômicos pouco expressivos e, por isso, contornáveis, até porque o contratado sempre será “[...] um empreendedor da iniciativa privada” (ARAGÃO, 2013, p. 42). Por isso, sua ocorrência não é capaz de influenciar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, limitando-se os seus efeitos à esfera do particular.

2.1.2.2 Álea extraordinária administrativa

O risco da ocorrência de qualquer fato/ato praticado pela Administração Pública, apto a influenciar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, é

classificado *álea administrativa*. Segundo Tácito (1961, p. 08), essa espécie de *álea* decorre da persecução do interesse público, em razão de normas jurídicas que interfiram na execução do contrato ou, inclusive, por omissões da Administração. No mesmo sentido, assevera Wald que é esse tipo de *álea* que assegurando ao “[...] poder público a mutabilidade unilateral do contrato” (WALD, 1984, p. 13).

Ferreira (1987, p. 26) registra que, apesar da adoção do conceito de *álea administrativa* ter decorrido, inicialmente, do “[...] exercício do poder de modificação unilateral do contrato administrativo”, com o passar do tempo foi-se construindo um entendimento “[...] mais elástico, segundo o qual, atos da autoridade, quer seja, ou não, a contratante, legais ou administrativos, que venham a influir diretamente na economia contratual [...]”, também passaram a serem classificados como riscos administrativos.

Nesse sentido, Di Pietro (2017) esclarece que a referida hipótese pode ser verificada de três formas distintas: (a) em razão do poder excepcional de *alteração unilateral* dos contratos administrativos em função do interesse público, quando o ente público contratante poderá modificar o ajuste celebrado com o particular; (b) em razão do *fato do príncipe*, em regra, desvinculado do contrato propriamente dito, mas apto a repercutir sobre ele e; por fim, (c) o *fato da Administração*, que representa conduta ou comportamento do Poder Público que impeça ou dificulte a execução do contrato.

2.1.2.3 Álea extraordinária econômica

Na *álea extraordinária econômica* o risco está relacionado a fatos estranhos tanto à parte privada, quanto à parte pública que sejam “[...] imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão” (DI PIETRO, 2017, p. 360-361).

A compreensão dessa espécie de risco passa pelo conceito construído pela jurisprudência francesa de “preço-limite”, que representa a margem de variação de preços ou insumos possíveis de se prever quando da celebração do contrato (CADILHA, 2016, p. 14), dentro daquilo que era previsível ao contratante privado.

Dito de outra forma, sempre que o particular pretende contratar com a Administração Pública, deve realizar uma análise prévia, para cumprimento do contrato, de quais serão os custos dos serviços/produtos, baseado nos preços praticados no mercado, antevendo possíveis aumentos e/ou diminuições, para que possa receber a sua “equivalência honesta”. Dessa forma, sempre que a variação de custos ultrapassar esse “preço-limite”, a incerteza da economia se torna um risco extraordinário de natureza econômica (CADILHA, 2016).

Assim, para que um dado fato ou circunstância sejam enquadrados como *álea extraordinária econômica*, mostra-se necessária a verificação dos requisitos impostos pela Teoria da Imprevisão, isto é, que seja: (a) externo ao contrato; (b) estranho às partes; (c) imprevisível e inevitável e que cause (d) grande desequilíbrio e onerosidade excessiva (DI PIETRO, 2017, p. 365).

De maneira semelhante, Mello (2015, p. 672) afirma que a caracterização dessa hipótese de *álea* ou *risco* exige a demonstração de que os fatos ou circunstâncias, quando da celebração do contrato, eram (a) alheios ao comportamento das partes; foram (b) decorrentes de evento imprevisível; e (c) causaram prejuízo significativo e oneroso.

Mello (2015) adverte, entretanto, que a Teoria da Imprevisão ganhou novos contornos quando de sua encampação no direito brasileiro, passando o conceito de “imprevisibilidade” (antes visto como algo absolutamente “imprevisível”), a ser tratado como algo “imprevisto, ou razoavelmente não-previsto”, contexto em que a indenização (que no conceito original se limitava a uma “ajuda parcial temporária”) passou a ser tratada como uma “[...] garantia do equilíbrio econômico-financeiro estipulado por ocasião do contrato”, incluindo, inclusive, o direito ao lucro” (MELLO, 2015, p. 671-672).

2.1.3 Responsabilidade pelos riscos ou áleas nos contratos submetidos à Lei Geral de Licitações: regra geral dos contratos públicos

Após a análise pormenorizada dos tipos de classificações das áleas e riscos, deve-se tecer algumas considerações acerca das consequências práticas dessas distinções para os contratos administrativos.

Uma das razões práticas da análise e da distinção das espécies de áleas ou riscos a que um contrato administrativo está submetido está em determinar a quem será atribuída a responsabilidade pelo risco, ou seja, quem suportará o ônus na hipótese da ocorrência do risco em questão. Em outras palavras, a distinção entre riscos ordinários e extraordinários, na Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, é relevante em razão da sua consequência jurídica, qual seja, a distribuição do ônus decorrente de cada tipo de risco.

Nesse sentido, (a) os *riscos ordinários* devem ser suportados pelo polo particular da relação, uma vez que é comum à sua atividade, próprio da natureza empresarial e (b) os *riscos extraordinários* devem ser suportados pelo Poder Público (FRANÇA, 2011, p. 74).

No direito francês, segundo Di Pietro (2017), essa distinção vai além, dividindo-se as *áleas extraordinárias* em *administrativas* e *econômicas*, o que também é relevante naquele contexto, uma vez que “[...] nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes” (DI PIETRO, 2017, p. 361).

Todavia, no direito pátrio, essa última distinção é, em regra, irrelevante, uma vez que o poder público responde, geralmente sozinho, por todos os riscos extraordinários, qualquer que seja a sua natureza, sendo as subdivisões das áleas irrelevante para a decisão acerca do equilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, 2017). Dessa forma, a diferenciação mais importante para o ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, para este estudo, é entre as *áleas ordinárias* e as *extraordinárias*.

Nessa direção, o artigo 65 da Lei nº 8.666/93³ (BRASIL, 1993), denominada pela doutrina de Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos (LGL) e que fornece o fundamento geral para grande parte das contratações públicas realizadas em

³ Art. 65. Os contratos regidos por essa Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

território nacional (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 34), tratou de regulamentar o equilíbrio econômico-financeiro sob a ótica dualista da perspectiva tradicional, ou seja, limitou-se a enquadrar/classificar os riscos a que um contrato administrativo está sujeito apenas entre *ordinários* e *extraordinários*.

Assim, os contratos administrativos, como regra geral, são analisados segundo a ótica dualista da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, em que os riscos devem ser enquadrados em ordinários ou extraordinários (LGC). Entretanto, com a edição da Lei nº 8.987/1995⁴ (BRASIL, 1995) – Lei Geral de Concessões, que trata, de forma geral, dos contratos de concessão, introduziu-se, timidamente, no ordenamento, o conceito de distribuição de áleas ou riscos entre os concessionários e a Administração Pública.

Todavia, apenas com a promulgação da Lei nº 11.079/2004⁵ (BRASIL, 2004) – Lei de Parcerias Público-Privadas e, posteriormente, da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011) – Lei do Regime Diferenciado de Contratações, é que se passou a admitir, de maneira expressa e clara, a hipótese especial de tratamento diferenciado aos riscos, distribuindo sua responsabilidade entre as partes, conforme a capacidade de cada um em gerenciá-los.

Assim, salvo nos casos excepcionais trazidos por leis próprias, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é preservado por meio da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, nominada por alguns como “Teoria Tradicional” (GUIMARÃES, 2017), que prevê, em razão da superveniência de eventos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis (álea extraordinária), que

⁴ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

[...]

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

⁵ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

a Administração Pública responda integralmente pelas consequências dos eventos danosos.

Contudo, caso o evento danoso ligado ao risco que venha a se concretizar for previsto ou ao menos previsível, sendo, portanto, caracterizado como álea ordinária ou empresarial, a responsabilidade será do particular contratado, uma vez que é inerente ao objeto contratado (FRANÇA, 2011).

Sobre essa questão, Guimarães (2017, p. 39) esclarece que a “[...] compreensão histórica da teoria da equação econômico-financeira de contratos administrativos no Brasil foi fortemente inspirada na teoria das áleas [...]”, influenciando tanto a forma como se arbitra os riscos no plano contratual, quanto a divisão da responsabilidade decorrente dos riscos extracontratuais.

Essa teoria taxonômica, para Guimarães (2017, p. 39), “[...] adquiriu significado jurídico relevante na doutrina e na jurisprudência sobre contratação pública no Brasil [...]”, resultando na rigorosa “[...] distinção entre álea ordinária empresarial, álea extraordinária econômica e álea extraordinária administrativa [...]”, inclusive nos contratos mais complexos de longo prazo.

A relevância da teoria das áleas esteve, ainda em consonância com Guimarães (2017, p. 39):

[...] em separar riscos oriundos da atividade empresarial ordinária, que deveriam ser assumidos pelo contratante privado encarregado da prestação de um serviço público [dos] riscos caracterizados como extraordinários, não passíveis de previsibilidade quanto à sua materialização ao longo da execução do contrato”.

Guimarães (2017, p. 39) também subdividiu os riscos extraordinários entre aqueles que estavam “[...] associados a medidas estatais genéricas (fato do príncipe) ou específicas (interferências da Administração contratante no conteúdo do contrato) [dos] alheios à atividade estatal”.

Destarte, apesar de reconhecer a importância que o amadurecimento dessa perspectiva tradicional trouxe para a equação econômico-financeira dos contratos, Guimarães (2017, p. 40) arremata que “[...] a teoria das áleas, de cunho simplista, não se presta mais a explicar as complexidades da alocação de riscos contratuais ou extracontratuais [...]”, sobretudo nos modernos contratos de longo prazo. E isso

porque a atribuição da responsabilidade de cada uma das partes, segundo cada um dos riscos a que o ajuste contratual está submetido, não pode ser balizado ou norteado por conceitos abstratos e genéricos, como são os conceitos de riscos ordinários e extraordinários (GUIMARÃES, 2017, p. 40).

Essa advertência traz os olhos para a relevante questão que tem colocado à prova a Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos: a dificuldade de se distinguir, em concreto, as áleas ordinárias e extraordinárias, em especial quanto às questões limítrofes, que serão denominadas neste trabalho como “zona cinzenta”.

2.1.4 Dificuldade na distinção entre áleas ordinárias e extraordinárias: limitação da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos.

Algumas considerações devem ser feitas acerca da dificuldade de se diferenciar, no caso concreto, os tipos de riscos/áleas em razão da insuficiência da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos de critérios insuficientes, gerando uma “zona cinzenta” entre os conceitos.

Dissemos ser possível distinguir, no plano teórico, as *áleas ordinárias* (ou empresariais), passíveis de serem tuteladas por instrumentos próprios, que precisam estar expressamente previstos nos instrumentos contratuais, livremente dispostos pelas partes, e as *áleas extraordinárias* (administrativas ou econômicas), que recebem tutela do instrumento da revisão, independentemente de previsão contratual ou de periodicidade.

Nesse viés, Di Pietro (2017, p. 367), seguida por autores como Carvalho Filho (2014, p. 2015) e Furtado (2016, p.322), traça, de forma simplificada, quatro requisitos para que, segundo a Teoria da Imprevisão, o risco (ou álea) seja considerado extraordinário: ser (a) imprevisível, quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; se (b) estranho à vontade das partes; ser (c) inevitável e; causar um (d) desequilíbrio “muito grande” no contrato.

No entanto, no plano prático, a complexidade de questões e o desenvolvimento do direito administrativo contratual têm demonstrado a existência de “áreas cinzentas” entre a delimitação de riscos ordinários e extraordinários, que apenas podem ser

distinguidos claramente em situações extremas. A seguir, procurar-se-á demonstrar a dificuldade e a complexidade dessa distinção em relação a cada um dos requisitos apontados pela doutrina.

2.1.4.1 Primeiro Requisito

O primeiro requisito apontado pela doutrina diz respeito à imprevisibilidade dos eventos ou de suas consequências, que, na prática, mostra-se difícil de analisar objetivamente, uma vez que depende da capacidade das partes de prever ou não o evento de modo a que seja possível qualifica-lo, no caso concreto, como ordinário ou extraordinário.

Sobre essa questão, Moreira (2006, p. 86) afirma que o “[...] binômio previsto/imprevisto traz consigo uma carga extraordinária de subjetividade (ausente no mundo dos fatos)”, o que dificulta uma análise objetiva das circunstâncias concretas que se verificam no decorrer da execução contratual.

Acerca dessa dificuldade, Justen Filho (2016, p. 1188) esclarece que a “[...] distinção entre ordinariedade e extraordinariedade se relaciona com a probabilidade da ocorrência dos eventos”. No entanto, a mera possibilidade de que um evento ocorra não é suficiente para tal distinção, uma vez que, de certa forma, todo o evento factível de ser verificado, em uma dada situação, ocorre porque é possível.

Ora, se a previsibilidade ou imprevisibilidade de um determinado evento fosse verificada segundo a mera probabilidade da sua ocorrência, todos os eventos possíveis de ocorrer no mundo fático deveriam ser classificados como riscos ordinários, enquanto apenas os eventos impossíveis seriam enquadrados como risco extraordinários (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1188-1189), tornando insubsistente a distinção.

Dessa forma, o critério a ser adotado para distinguir a ordinariedade da extraordinariedade seria o grau de probabilidade da ocorrência do evento. Em outras palavras, possuindo, o risco, alta probabilidade de ocorrência, seria ordinário, ao passo que, possuindo baixa probabilidade de ocorrência, seria extraordinário.

Todavia, Justen Filho (2016, p. 1188) reconhece que a distinção entre álea ordinária e extraordinária “[...] somente é simples quando se examinam situações extremas”, pois à “[...] medida que o grau de ordinariedade se reduz, aumenta o grau de extraordinariedade – e vice-versa”. Por essa razão, o autor admite ser “[...] impossível estabelecer um limite exato, em que certa situação deixaria de integrar uma categoria e passaria a compor a outra” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1188), o que corrobora a dificuldade de distinção, no plano prático, entre eventos/circunstâncias previsíveis e imprevisíveis.

Ademais, o artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), ao vincular a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro à ocorrência de “[...] fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis [...]” (DI PIETRO, 2017, p. 367), acabou por abranger todas as espécies de áleas/riscos extraordinárias, flexibilizando a distinção em questão, tornando-a ainda mais nebulosa e movediça.

2.1.4.2 Segundo Requisito

O segundo requisito diz respeito à possibilidade de ocorrência da álea ou risco “adentrar” à esfera de conhecimento das partes, ou seja, de as partes terem ciência de que determinado fato/circunstância, apta a dificultar ou impedir a execução do contrato, possa vir a ocorrer.

Quanto a esse ponto, pode-se citar, a título de ilustração, a dificuldade que os pretensos contratantes têm de conhecer plenamente determinados riscos decorrentes de contratações complexas a partir de rápidas análises das informações fornecidas pela Administração no período pré-licitatório.

Isso se dá porque muitas vezes o particular que almeja contratar com a Administração é obrigado a decidir, em um curto período de tempo, se realmente possui interesse em um determinado certame, não possuindo muitas vezes tempo ou recursos suficientes para “investigar” todos os riscos passíveis de ocorrência e em que probabilidade.

Em razão disso, inclusive, deve-se ressaltar a importância dos estudos preliminares e do projeto básico, previstos no inciso IX, do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), como formas de reduzir ou mitigar a existência de riscos ou áleas “ocultos”, ou seja, que não chegaram ao conhecimento do particular e, às vezes, nem mesmo da Administração Pública.

Porém, essa questão não é objetiva, e pode se alterar para cada tipo de contrato celebrado, ramo de atuação, experiência prévia dos contratantes e em inúmeras outras variáveis. O problema é saber como discernir entre o contratante diligente e o displicente. A esfera de conhecimento, para efeito de reequilíbrio econômico de uma pequena cidade ou de uma microempresa, pode ser equiparada a uma autarquia federal especializada ou à uma multinacional? Muitas são as dúvidas que envolvem a questão, demonstrando que esse requisito também guarda sérias limitações práticas quanto à distinção dos riscos entre ordinários e extraordinários.

2.1.4.3 Terceiro Requisito

O terceiro requisito exige que o risco ou álea seja “inevitável”. O Dicionário Michaelis (2018) define “inevitável” como aquilo que não se pode ser evitado, ou seja, referente ao fato de o evento em questão não poder ser impedido ou repellido pelas partes que sofrerão seus efeitos.

Segundo Wald (1984, p. 12), o risco inevitável é aquele que não pode ser controlado pelas partes, conceito que, de certa forma, se relaciona com a imprevisibilidade. Esse impedimento ou dificuldade para controlar o risco pode ser (a) fático, em função de inexistirem alternativas, no plano prático, para lidar com o referido risco; pode ser (b) legal, em razão da existência de restrição na lei que impeça que determinado risco seja tratado de alguma forma; ou pode ser (c) financeiro, por conta do alto custo para gerenciar determinada despesa.

No entanto, não se sabe ao certo se todos os tipos de limitações/restrições podem ser considerados, na prática, para efeito da aplicação da Teoria da Imprevisão, o que torna a questão ainda mais nebulosa.

2.1.4.4 Quarto Requisito

Por fim, o quarto requisito, que exige que o risco cause um “[...] desequilíbrio muito grande no contrato” (DI PIETRO, 2017, p. 367). Entretanto, conforme será adiante demonstrado a doutrina e a jurisprudência não indicam de forma clara e objetiva o que significa “grande desequilíbrio”, Além disso, a análise tende a mudar de acordo com o tipo de contrato celebrado, de segmento de atividade, de margem de lucro existente, etc.

Ora, um “grande desequilíbrio” em um contrato de fornecimento de bens, geralmente com margens de lucro menores, não é o mesmo em um contrato de prestação de serviço onde margem de lucro geralmente é maior. Com efeito, nesses não se pode afirmar com clareza se o chamado “preço-limite” dos custos e despesas (CADILHA, 2016) seria o mesmo, independente da natureza do bem ou do serviço contratado, o que confirma a limitação prática da utilização dos requisitos propostos pela doutrina.

2.1.4.5 Requisitos: conceitos abertos e indeterminados

Os requisitos utilizados pela doutrina para aferir se um dado risco irá ou não resultar no desequilíbrio econômico-financeiro (conforme demonstrado nos tópicos anteriores) consistem, na verdade, em conceitos jurídicos abertos e indeterminados, razão pela qual seu conteúdo é de difícil delimitação, dificultando sua análise nos casos concretos. Em especial, nas hipóteses fronteiriças, que são aquelas em que se mostra extremamente difícil avaliar se um dado evento (risco), apto a influenciar na relação de custos e ganhos do contrato administrativo, deve ser enquadrado como ordinário ou extraordinário.

Sobre essa questão, Silva (1990, p. 58) afirma, no intuito de trazer mais clareza ao tema, que o “[...] conceito jurídico indeterminado, exatamente por ser vago e impreciso, pode ser preenchido por vários conteúdos diversos [...]”, ao contrário do que ocorre com os “[...] conceitos jurídicos definidos e exatos”.

Para ilustrar essa questão, Silva (1990, p. 58), afirma que nenhuma pessoa deixaria de “[...] qualificar como falta grave a violenta agressão física praticada pelo funcionário subalterno contra o seu chefe que, cortesmente, apontara um erro no trabalho do

subordinado [...]” e, da mesma forma, ninguém acharia razoável enquadrar como “[...] falta grave o fato de o funcionário comparecer dois dias ao trabalho sem se barbear” (SILVA, 1990, p. 58). Ou seja, sempre se mostra mais fácil lidar com os conceitos indeterminados em situações extremas.

No entanto, quando se trata de analisar conceitos abertos e indeterminados, como os requisitos apontados nos tópicos anteriores, na chamada “[...] zona cinza, que é o limite entre o conceito e o não-conceito, isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades” (SILVA, 1990, p. 58).

Ainda sobre essa questão, Silva (1990, p. 59) esclarece que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser divididos basicamente entre dois tipos: os “conceitos empíricos”, que dependem da análise de “[...] fatos, estados ou situações de natureza ou da realidade (p. ex. ‘escuridão’, ‘noite’, ‘perigo’, ‘perturbação’, ‘ruído’, ‘velocidade’, ‘morte’) [...]” e, os “conceitos de valor”, também denominados “conceitos normativos”, em que se exige do “[...] intérprete ou do aplicador da norma uma apreciação em termos valorativos, como por exemplo ‘conduta desonrosa’, ‘motivo torpe’, ‘culpa grave’, ‘falta grave’, ‘moralidade pública’, ‘interesse público’” (SILVA, 1990, p. 59).

Em ambas hipóteses, o ato de subsunção frequentemente propicia “[...] dúvidas e perplexidades, determinando diversidade de opiniões [...]” (SILVA, 1990, p. 59), dificuldade comum àqueles que se propõem analisar a distinção entre os riscos ordinários e extraordinários localizados na “zona cinza”, ou seja, longe dos extremos.

Soma-se a isso, a demonstrar a nebulosidade da questão, a circunstância, realçada por Moreira (2007, p. 03) de o risco e a sua avaliação não pertencerem “[...] ao mundo do Direito. Não há nada de jurídico no seu estudo”. Em outras palavras, os operadores do direito não dispõem de elementos necessários para avaliar, em cada caso concreto, se um determinado evento é ou não previsível, atribuição própria de outros ramos de estudo, como a economia, administração e engenharia, dentre outros.

Seguindo nessa mesma direção, Ferreira (2012) conclui pela limitação da distinção entre os tipos de riscos, declarando que:

[...] a complexidade dos fatos da vida e o seu caráter multifacetado nem sempre permitem que se identifique, nos eventos que afetam o equilíbrio

econômico-financeiro do contrato [a distinção entre cada] [...] categoria de risco, dando margem, portanto, a avaliações subjetivas acerca desta categorização, comprometendo, dessa forma, a desejada segurança jurídica (FERREIRA, 2012, p. 11).

Assim, essa insegurança para traçar uma linha divisória entre os riscos econômicos ordinários (próprios de qualquer negócio comercial) e os riscos econômicos extraordinários (estranhos ao mercado) não atinge tão-somente o polo particular do contrato, mas, também, os agentes públicos responsáveis pela fiscalização e pela execução da avença administrativa.

Tal espectro de dúvida é agravado pelo receio de que Órgãos de Controle e Fiscalização (a exemplo dos Tribunais de Contas) possam vir a analisar posteriormente os mesmos eventos/riscos, e de que cheguem a conclusões distintas acerca do seu devido enquadramento.

Não há redundância em afirmar que o ordenamento jurídico deve prezar pela segurança jurídica das relações, e que incertezas desse tipo influenciam negativamente na dinâmica da execução dos contratos administrativos; em especial, dos contratos marcados pela variação cambial, que normalmente possuem alto grau de complexidade e consomem boa parte dos recursos públicos.

Dessa forma, pode-se inferir que a distinção dicotômica ou binária entre álea ordinária e álea extraordinária, realizada na Perspectiva Teoria Tradicional das Áleas ou Riscos, não é suficiente para tratar do tema em questão; principalmente no que se refere à divisão entre riscos ordinários e extraordinários, trazendo incerteza, a cada vez que um dado risco se concretiza, sobre sua capacidade de desequilibrar ou não o contrato administrativo.

2.2 DA VARIAÇÃO CAMBIAL E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O ponto nevrálgico deste trabalho consiste em analisar o caso específico do risco econômico decorrente da variação cambial e, com ele, os possíveis reflexos na equação econômico-financeira dos contratos administrativos, procurando minimizar as dúvidas e incertezas proporcionadas pelo enquadramento dicotômico da visão tradicional sobre a questão.

Antes de adentrar, de fato, nessa questão, deve-se esclarecer que, quando se fala em risco da variação cambial, não se está tratando de indexação do contrato administrativo à variação da moeda estrangeira, ou mesmo da celebração do contrato em valor outro que não a moeda nacional, hipóteses admitidas em caráter excepcional pela LGL.

Assim, deve elucidar-se que, quando se falar em risco cambial neste trabalho, estar-se-á tratando da “[...] força do impacto da variação cambial [...]” (MARQUES NETO, 2006 p.15), ou seja, da relevância que sua variação tem sobre os contratos que possuem insumos ou valores influenciados pela cotação da moeda estrangeira.

2.2.1 Perspectiva tradicional na doutrina

A variação cambial é um tipo específico de álea (ou risco) que vem sendo tratada pela doutrina, de uma forma geral, segundo o prisma tradicional, que a classifica como álea ordinária ou empresarial, própria das variações regulares do mercado, salvo naquelas situações em que for “extraordinária” e “imprevisível” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1202).

Expondo o pensamento predominante sobre o tema, Garcia (2016, p. 373) pondera que “[...] em certa medida, a variação cambial é sempre previsível no ambiente negocial [...]” que envolve contratos intimamente ligados a moeda estrangeira. Entretanto, sempre que essa variação for excessiva, configurar-se-á hipótese de revisão contratual, devendo ser considerada álea extraordinária econômica, afeta à Teoria da Imprevisão.

Na mesma direção se posiciona Marques Neto (2006, p. 15), para quem a “[...] a variação cambial é típica hipótese de circunstância previsível, mas de consequência incalculável [...]”, ou seja, a oscilação da moeda estrangeira reveste-se de ordinariade, salvo nos casos de variações que o autor denominou de “abruptas”.

Ao tratar essa questão, Furtado (2016, p. 323) afirma que pequenas “[...] desvalorizações da moeda nacional, que normalmente ocorrem no mercado, não devem, em hipótese alguma, ser utilizadas para o aumento do valor do contrato com a Administração Pública [...]”, admitindo-se o reequilíbrio econômico-financeiro do

contrato somente quando houver “excessiva desvalorização” da moeda nacional em relação ao dólar.

Entretanto, não se pode extrair, com objetividade e segurança, dos referidos posicionamentos doutrinários o que seriam as variações cambiais extraordinárias, imprevisíveis, excessivas, abruptas ou exageradas.

2.2.2 Perspectiva tradicional na jurisprudência do TCU

A primeira decisão de que se tem notícia do plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) que aborda a questão do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato por causa da variação cambial é o Acórdão nº 464/2000 (BRASIL, 2000), que trata da aquisição de Trens Urbanos. Nesse julgamento, o TCU consignou que a variação do dólar americano importaria em “reajuste” do valor do contrato, ante a desvalorização cambial ocorrida em 1999, decorrente da alteração da política cambial do Banco Central do Brasil.

Em que pese a previsão contratual de “reajuste”, a Corte de Contas entendeu que aquelas mudanças circunstanciais poderiam ser enquadradas como “[...] alteração imprevisível e inevitável na esfera econômica, estranha à vontade das partes [...]” (BRASIL, 2000, p. 10), impondo ao particular ônus excessivo, ensejando a aplicação da teoria da imprevisão.

O referido Acórdão não trouxe qualquer menção quantitativa à variação cambial apta a ser considerada “imprevisível” e “inevitável”, limitando-se a fazer referência ao evento de desvalorização do real, ocorrido em 1999, período em que a valorização do dólar, e de outras moedas estrangeiras, foi da monta de mais de 100% (cem por cento).

Em momento posterior, o plenário do TCU proferiu o Acórdão nº 1.595/2006 (BRASIL, 2006), em que voltou a enfrentar a questão quando da análise de contratos celebrados pela Petrobras em moeda estrangeira, para reforma e adaptação de plataformas de exploração. Na oportunidade, observou que ao “[...] tempo da celebração do contrato, a taxa de câmbio era de US\$ 1,00 = R\$ 2,90, enquanto nas datas de pagamento do contrato, passou para US\$ 1,00 = R\$ 2,20” (BRASIL, 2006, p.162), e com isso concluiu

que “[...] como boa parte dos pagamentos são feitos em real, é natural que haja um ônus não previsto inicialmente pela contratada e que não deve ser suportado exclusivamente por ela” (BRASIL, 2006, p. 162).

Assim, nos termos dessa decisão do TCU, a variação cambial negativa em questão, após valorização da moeda nacional, teria desequilibrado a equação econômico-financeira, justificando a “recomposição do equilíbrio contratual”, em razão da aplicação da teoria da imprevisão. Dessa forma, o parâmetro quantitativo utilizado pela Corte de Contas na referida análise foi a desvalorização da moeda estrangeira na faixa dos 24% (vinte e quatro por cento).

Entretanto, quando do julgamento do Acórdão nº 3.282/2011 (BRASIL, 2011, p. 09), o plenário do TCU, novamente analisando contratos da Petrobras referentes à construção de plataformas petrolíferas firmados em moeda estrangeira, entendeu pela impossibilidade do atendimento aos requerimentos de reequilíbrio econômico-financeiro em função de variação cambial propostos pelas empresas contratadas, decorrentes da “[...] alta volatilidade da taxa de câmbio, no período de interesse - outubro de 2002 a junho de 2005 -, quando se verificou elevada apreciação do real frente ao dólar sob o regime de câmbio flutuante” (BRASIL, 2011, p. 09).

Em que pese a empresa pública ter sustentado a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no caso em questão, nos termos dos precedentes dos Acórdãos nº 464/2000 e 1.595/2006, a Corte de Contas entendeu indevida a revisão contratual em razão da variação cambial. Isso porque considerou que, no caso analisado pelo Acórdão nº 464/2000, “[...] houve intervenção governamental no regime de câmbio vigente [...]” (BRASIL, 2011, p. 117) e que, no caso em tela “[...] o poder público não interveio no regime de câmbio, tampouco ocorreu situação extraordinária e inevitável relativamente às variações na taxa inflação ou índices de preços setoriais” (BRASIL, 2011, p. 117).

Dessa forma, consignou que não haveria que “[...] se falar em variação extraordinária e brusca da moeda [...]”, uma vez que, apesar de ter o dólar oscilado “[...] paulatinamente nesse longo interregno de tempo, indo de R\$ 3,114, na data de 15/4/2003, a R\$ 1,9097, em 15/6/2007 a apreciação do real frente ao dólar foi significativamente gradual, ao longo de quatro anos” (BRASIL, 2011, p. 117).

Em outras palavras, o TCU considerou que, apesar de ter sido constatado variação cambial na faixa de 39% (trinta e nove por cento), o fato de a oscilação cambial ter sido gradual (ao longo de 04 anos) exclui a possibilidade de seu enquadramento como “imprevisível” e “extraordinário” (BRASIL, 2011, p. 117).

O voto condutor do julgamento consignou que, para a aplicação da Teoria da Imprevisão naquele caso, mister seria “[...] ficar caracterizada a imprevisibilidade do fator causador do desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato [...]” (BRASIL, 2011, p. 178), bem como se demonstrar que os acontecimentos posteriores à contratação eram extraordinários e inevitáveis, causando onerosidade excessiva a uma das partes.

Somando-se a isso, assinalou que, no caso em tela “[...] a unidade técnica demonstrou, consoante análises jungidas aos autos mediante a instrução e parecer de especialista, que a trajetória da taxa cambial e dos índices de preços não eram imprevisíveis” (BRASIL, 2011, p. 179).

A discussão foi novamente submetida ao plenário do TCU, quando da formação do Acórdão nº 1.568/2015, que enfrentou representação apresentada em face de licitação realizada pelo Ministério da Justiça para aquisição de coletes balísticos.

Além de indicar supostas irregularidades, o denunciante/licitante pleiteava a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro da sua proposta, tendo em vista a variação cambial ocorrida entre “[...] 29/7/2014, data base da sua proposta, (quando) a moeda americana foi cotada a R\$ 2,2278, e, em 14/10/2014, quando ratificou a proposta, a cotação já tinha o valor de R\$ 2,3991” (BRASIL, 2015, p. 04).

Dessa feita, a Corte de Contas entendeu que a variação cambial aproximada de 7,6% (sete vírgula seis por cento), verificada em um período aproximado de 03 meses, não ensejaria a aplicação da Teoria da Imprevisão, e que representaram apenas “[...] oscilações naturais dos fatores de mercado” (BRASIL, 2015, p. 25).

Por fim, registra-se o Acórdão nº 1.431/2017 do TCU, firmado a partir de consulta realizada pela Ministério do Turismo em razão de dúvida surgida quando da contratação realizada para execução de serviços de divulgação turística em outros países. No caso, o ministério consulente sustentou que a variação da taxa de câmbio

do dólar e do euro frente ao real, verificadas entre 2014 e 2016, seriam imprevisíveis, tendo o dólar atingido seu valor máximo de R\$ 4,16 em 21/1/2016, ou seja, que no período em questão “[...] a cotação da moeda americana teria seguido uma elevação de 50%”, ao passo que o “[...] euro teria sofrido uma variação menor, de 22%” (BRASIL, 2017b, p. 02); e por isso teria ocorrido “[...] grande variação do dólar nos últimos anos [...]” (BRASIL, 2017b, p. 09), a exemplo daquela verificada entre “[...] 2/2/2015 [quando] a moeda estrangeira estava cotada a R\$ 2,71 [...] [e] [...] oito meses depois, [quando] em 23/9/2015, o dólar chegou a R\$ 4,14 [...] elevação de aproximadamente 45,75% [...]” (BRASIL, 2017b, p. 09), risco que não poderia “[...] ser considerado uma álea meramente ordinária” (BRASIL, 2017b, p. 09).

Todavia, a Corte de Contas, na ocasião, posicionou-se contrariamente à revisão em razão da variação cambial, asseverando sobre a questão que, “[...] embora grande parte da doutrina reconheça a variação cambial como causa suficiente para recomposição, este Tribunal não a reconhece como fundamento autônomo apto a produzir uma mudança nos termos contratuais” (BRASIL, 2017b, p. 21).

Dito de outra forma, em que pese a variação cambial verificada no curto espaço de oito meses ter sido da monta de 45,75% (quarenta e cinco vírgula setenta e cinco por cento), o TCU, nesse acórdão, entendeu tratar-se de “[...] variação regular, constante e usual [que] não se constitui um fato imprevisível e nem de consequências incalculáveis” (BRASIL, 2017b, p. 21). No entanto, no intuito de demonstrar que a variação cambial naquela situação não poderia ser enquadrada com álea extraordinária, afirma o seguinte:

Portanto, observo que, em linhas gerais, a variação cambial não deve ser causa autossuficiente para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, a não ser que tenha ocorrido de forma inesperada, abrupta e afete substancialmente o equilíbrio do contrato a ponto de frustrar a sua execução. Nesse contexto, entendo que a recomposição deve estar lastreada em documentação que comprove, de forma incontestável, que o aumento dos custos do contratado tenha sido de tal ordem que inviabilize a execução do contrato. Partindo dessa premissa, o ponto fulcral da questão deixa de ser a questão cambial e passa a se concentrar na alteração dos custos dos insumos (BRASIL, 2017b, p. 21).

Esse último acórdão, aponta como precedentes os Acórdãos nº 2.837/2010 e nº 1.466/2013, que parecem destoar da sua conclusão, uma vez que o primeiro precedente trata da não aprovação das contas da Empresa Brasileira de Correios e

Telégrafos (ECT) em razão da concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro (BRASIL, 2010), sob a justificativa de que teria ocorrido variação cambial de 12,27% (doze vírgula vinte e sete por cento), enquanto que o segundo precedente trata da análise de pedido de reconsideração de condenação a gestor militar pelo não fornecimento de material, em função da variação cambial ocorrida em 1999 (BRASIL, 2013).

Os acórdãos do TCU anteriormente mencionados, que refletem o seu posicionamento sobre o tema, podem ser assim sintetizados: (a) no caso do Acórdão nº 464/2000, permitiu-se a revisão contratual em razão da alteração da política econômica realizada em janeiro de 1999 quando, em poucos meses, a taxa cambial ultrapassou 100% (cem por cento); (b) o Acórdão nº 1.595/2006 também permitiu a revisão decorrente da valorização da moeda nacional em aproximadamente 24% (vinte e quatro por cento); (c) no caso do Acórdão nº 3.282/2011, entendeu-se não ser válida a revisão contratual em razão da variação cambial, que apesar de ter ultrapassado o percentual de 39% (trinta e nove por cento), teria ocorrido de forma gradual, no decorrer de quatro anos de contrato; (e) no Acórdão nº 1.568/2015, negou-se a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro quando a variação cambial foi de 7,6% (sete vírgula seis por cento) em um período de aproximadamente 03 meses e; finalmente, (d) no caso do Acórdão nº 1.431/2017, situação que se verificou a alta de 45,75% (quarenta e cinco vírgula setenta e cinco por cento) da moeda estrangeira, ocorrida no período de quase sete meses, concluiu-se pela impossibilidade da realização do reequilíbrio, em razão da não comprovação de que tal alteração inviabilizaria a execução do contrato.

Apenas a título de ilustração, colaciona-se a seguinte tabela (1) para melhor demonstrar a dinâmica verificada nos acórdãos do TCU, conforme exposto acima:

Tabela 1 - Síntese dos Acórdãos do TCU

Acórdão	Percentual da Variação Cambial	Momento da Variação Cambial	Posicionamento do TCU quanto à Revisão
464/2000	100%	1999	Possibilidade
1.595/2006	24%	2004	Possibilidade
3.282/2011	39%	2002 a 2005	Impossibilidade
1.568/2015	7,6	2014	Impossibilidade
1.431/2017	46%	2014 a 2016	Impossibilidade

Em resumo, pode-se extrair do entendimento manifestado pelo TCU nesses julgamentos que a variação cambial é própria da atividade empresarial, inserida num contexto de flutuação cambial, razão pela qual não enseja a revisão contratual. Todavia, admite, excepcionalmente, o reequilíbrio em razão da Teoria da Imprevisão, quando houver “expressiva valorização” da moeda estrangeira, e a “imposição de ônus excessivo ao contratante”.

No entanto, quando se analisa apuradamente os entendimentos explicitados nos referidos julgados, comparando-os com as oscilações da moeda estrangeira nos referidos períodos, pode-se concluir pela inexistência de critérios firmes e palpáveis que permitam definir com segurança jurídica mínima, o que seria variação cambial “abrupta”, “severa” e “extraordinária”, apta a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2.2.3 Perspectiva tradicional na jurisprudência do STJ

A questão referente ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a variação cambial também vem sendo tratada em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O primeiro caso analisado pela Primeira Turma do STJ, que nos foi possível levantar, foi o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.154/PE, apreciado de 19.11.2002, quando se analisava recurso apresentado contra empresa de informática contratada pelo Tribunal Regional da 5ª Região para o fornecimento de *softwares* de proteção. Nesse caso, após a empresa ter restado vencedora no certame competitivo em 18.12.1998, pleiteou o reequilíbrio em 08.02.1999, logo após a elevação cambial iniciada em janeiro de 1999 em decorrência da mudança da política cambiária nacional (BRASIL, 2002).

Apesar de a empresa ter demonstrado que a variação cambial teria ultrapassado mais de 100% (cem por cento), e que as licenças dos programas fornecidos seriam adquiridas com custo em dólar, o Tribunal Regional da 5ª Região negou-se a conceder o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, aplicando multa administrativa pela não execução do contrato (BRASIL, 2002).

Ao se debruçar sobre a questão, o STJ, em julgamento relatado pelo Ministro Luiz Fux, consignou que o “[...] episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos [...]” (BRASIL, 2002, p. 05), razão pela qual restou configurado o “[...] rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato” (BRASIL, 2002, p. 05).

No ponto, o ministro o relator no referido julgado consignou que “[...] ante o quadro econômico que o País se encontrava nos idos de 1999, a incidência irrefutável da Teoria da Imprevisão, que exonera o contratado de sua responsabilidade [...]” (BRASIL, 2002, p. 10), arrematando que “[...] a mudança da política econômica para o câmbio flutuante produziu álea administrativa, equiparável ao caso fortuito e à força maior luzentes nos artigos 1.058 e 1.277 do Código Civil, impondo o restabelecimento do equilíbrio” (BRASIL, 2002, p. 10).

O tema retornou à análise da Primeira Turma do STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 699.860/RS em 03.05.2005, em razão de ação proposta pela Companhia Rio-Grandense de Saneamento impulsionada pela negativa de empresa contratada para o fornecimento de equipamentos em entregar o objeto contratado em razão da variação cambial ocorrida (BRASIL, 2005).

Contudo, em que pese a variação cambial também referir-se a janeiro de 1999, o acórdão consignou que a “[...] variação cambial é acontecimento previsível no ambiente negocial com moedas estrangeiras [...]” (BRASIL, 2005, p. 06), tendo o ministro relator assentado o seguinte: “[...] não há que se falar, na hipótese, de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Alterações na política cambial são previsíveis [...]” (BRASIL, 2005, p. 06), ou seja, a “[...] variação da moeda deve ser observada como risco normal da atividade negocial bilateral” (BRASIL, 2005, p. 06).

A matéria foi discutida pela Segunda Turma do STJ quando da análise do Recurso Especial nº 1.676.279/SP, em 03.08.2017, referente à ação que discutia o fornecimento de álcool isopropílico de fabricação nacional. Nesse julgamento, a razão principal para afastar a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro foi o fato de não ter sido comprovado a relação entre o produto (nacional) e a variação cambial nos custos da sua produção (BRASIL, 2017a).

Por fim, a Primeira Turma do STJ enfrentou, quando da análise do Recurso Especial nº 1.433.434/DF, em 20.02.2018, atinente à compra de helicópteros pelo Departamento da Polícia Rodoviária Federal em 1998. Na ocasião, a empresa contratada alegou a “[...] quebra da equação econômico-financeira do contrato, como decorrência da desvalorização da moeda brasileira (real) frente ao dólar americano, fenômeno ocorrido em janeiro de 1999” (BRASIL, 2018, p. 07).

Acolhendo razões trazidas pela empresa contratada, a referida turma do STJ asseverou que “[...] nesse contexto, emerge plenamente justificada, tanto quanto caracterizada, a imprevista e imprevisível alteração do ambiente financeiro presente ao tempo em que formulada a proposta de preço [...]” (BRASIL, 2018, p. 16), razão pela qual se mostra “[...] lícito, pois, que invoque, em seu benefício, os favores da teoria da imprevisão, máxime porque não deu causa à indigitada variação do câmbio” (BRASIL, 2018, p. 16).

Apesar de quase todos os julgados analisados, à exceção de um, tratarem da variação cambial ocorrida em janeiro de 1999, foi possível verificar, por um lado, casos em que a Corte Superior de Justiça entendeu que o risco seria ordinário, comum a atividade comercial e, por outro lado, casos em que considerou que o risco seria extraordinário, o que demonstra a ausência de um tratamento uniforme sobre essa questão também no âmbito das turmas do STJ.

Registra-se, ademais que os acórdãos analisados indicam que as turmas STJ (especialmente a primeira) vem seguido a mesma linha de raciocínio do TCU, afirmando que apenas os casos de “súbita desvalorização da moeda nacional” justificariam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem apresentar, entretanto, parâmetros objetivos que apontem critérios minimamente razoáveis para distinguir a variação cambial ordinária, comum da atividade empresarial, daquela extraordinária, considerada como abrupta, severa e insuportável para as partes.

Dito de outra forma, tanto o TCU quando as turmas do STJ, vêm considerando, em conformidade com o prisma tradicional, a variação cambial uma álea econômica ordinária, própria da atividade empresarial, uma vez que o empreendedor que fornece ou presta serviços que possuam ligação com o mercado externo rotineiramente perpassa as consequências da flutuação do câmbio. Ambos vêm permitindo, apenas

em casos extremos, como o ocorrido em janeiro de 1999, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, abrindo campo para o estabelecimento da chamada “zona cinzenta”.

2.2.4 Perspectiva tradicional e o regime de câmbio brasileiro

Além das questões referentes às dificuldades enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência para identificar e distinguir quando a variação cambial deve ser classificada como risco ordinário e quando deve ser considerada risco extraordinário, existem outros fatores, próprios do regime cambial brasileiro, que tornam ainda mais complexa e confusa a questão.

Segundo Prates (2010, p. 07), a escolha do regime cambial, no que tange à forma de determinação da taxa de câmbio, representa relevante e estratégica decisão para países em desenvolvimento ou emergentes, caso do Brasil. De forma simplista, o regime cambial de um país representa a forma como o Estado, por intermédio de seu Banco Central, pretende tratar sua moeda em relação às moedas dos outros países.

Os regimes cambiais, em linhas gerais, podem ser classificados em três tipos: (a) o regime de câmbio fixo, (b) o regime de câmbio flutuante e (c) o regime de câmbio intermediário ou “flutuação suja” (CONTI, 2007, p. 34). No regime de câmbio fixo (ou bandas cambiais), a taxa de câmbio é estipulada por uma decisão administrativa do Banco Central, ente público responsável pela política monetária de cada país (PRATES, 2010, p. 07), que fixa um valor determinado para a conversão, ou estabelece um valor máximo ou mínimo em que esse valor pode variar (bandas).

No regime de câmbio flutuante, por sua vez, a taxa do câmbio “flutua” segundo as oscilações do mercado. Nesse tipo de regime cambial, o “ator” principal é o mercado, que determina a taxa de câmbio em razão da equação entre a oferta e a demanda da moeda estrangeira, sem qualquer ajuste ou intervenção da administração pública monetária.

No regime de câmbio misto, o tratamento dado à taxa de câmbio é intermediário aos dois regimes anteriores. Nele, apesar de a oferta e a demanda determinarem a taxa de câmbio, essa “flutuação” não ocorre de maneira livre, sendo admitidos diversos

tipos de intervenções por parte do Poder Público para “influenciar” essa dinâmica; motivo pelo qual é denominado regime de “flutuação suja” (PRATES, 2010, p. 07).

Trazendo-se os olhos para o caso do Brasil, pode-se verificar que vínhamos seguindo a tendência dos demais países emergentes, adotando o regime de câmbio administrado, na forma das “bandas cambiais”, quando, em 18 de janeiro de 1999, o Banco Central do Brasil informou que adotaria o regime câmbio flutuante para que o mercado pudesse definir a taxa de câmbio (PRATES, 2010, p. 10). Porém, apesar da declaração formal para o mercado externo e interno de que abriria mão de estabelecer a taxa de câmbio, “[...] o Brasil optou, na prática, por uma política cambial de “flutuação suja”, assim como os demais países periféricos, após as respectivas crises financeiras dos anos 1990” (PRATES, 2010, p. 10).

Essa rápida análise dos modelos de regimes de câmbio permite uma melhor compreensão da variação cambial como álea ou risco apto a influenciar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, uma vez que, quando se adota um regime cambial administrado, ou seja, se estabelece previamente a taxa de câmbio em razão de uma decisão administrativa (técnica ou política), como foi o caso brasileiro entre 1995 e 1999, eventuais variações cambiais que possam ocorrer constituem-se *áleas extraordinárias administrativas*, mais especificamente *fato do príncipe*, uma vez que decorre de ato de autoridade (financeira), não diretamente relacionado ao contrato, mas suficiente para repercutir sobre ele.

Por outro lado, quando o regime cambial se localiza no outro extremo (flutuação livre), as eventuais variações cambiais que possam ocorrer devem ser, via de regra, interpretadas como *áleas ordinárias* ou *empresariais*, mesmo que causem prejuízo a alguma das partes, não ensejando, por isso, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Apenas excepcionalmente, em casos extremos em que a economia como um todo é ameaçada, como em guerras, catástrofes ou golpes de estado, por exemplo, a variação cambial poderá ser considerada como álea extraordinária econômica.

Observa-se, contudo, que o regime cambial que vem sendo adotado no Brasil desde 1999 é aquele intermediário, ou seja, longe dos extremos, no qual é admitido, por um lado, que a lei da oferta e procura influencie a taxa cambial, tendo, por outro lado,

constantes intervenções do Banco Central na tentativa de controlar tendências e suavizar mudanças bruscas (flutuação suja).

Esse modelo misto, que procura conciliar interesses de Estado e interesses de mercado, dificulta análise e a classificação da variação cambial segundo a Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos trazendo maior complexidade para a compreensão do tema. Esse discernimento torna-se mais difícil quando se analisa a dinâmica do atual regime de câmbio em consonância com os quatro requisitos propostos pela doutrina (DI PIETRO, 2017), prejudicando a análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Além do mais, nesse modelo é possível verificar a atuação estatal agindo de modo a suavizar uma abrupta variação decorrente de problemas no mercado externo. Em outras palavras, uma ação que possa ser enquadrada como *fato do príncipe* associada a risco tipicamente empresarial. Em sentido contrário, é possível vislumbrar que, em razão de um momento de “calmaria” do mercado externo, seja necessária a atuação estatal para estimular consideráveis variações cambiais em favor da competitividade na exportação. Dito de outro modo, uma situação ordinária influenciando na ocorrência de uma atuação da administração.

Assim, pode-se afirmar, com tranquilidade, que o regime cambial misto (ou “flutuação suja”) adotado pelo Brasil agrava consideravelmente a problemática tratada neste trabalho, impossibilitando a construção de respostas certas ou erradas, dicotomia resultante da aplicação da Perspectiva Tradicional dos Riscos ou Áleas, quando a questão é a previsibilidade ou não da variação cambial para efeito de equilíbrio econômico-financeiro.

Deve-se registrar, ainda, que boa parte das contradições existentes na doutrina e na jurisprudência resultam da comparação entre variações cambiais verificadas em dois momentos distintos: o primeiro, referente a variação cambial decorrente do período em que o regime cambial era o administrado (entre os anos de 1995 e 1999); o segundo, quando a variação cambial passou a ser controlada pelo regime o misto (a partir do ano de 2000).

Dessa forma, urge a necessidade de que sejam desenvolvidas alternativas para a solução da questão da influência da variação cambial no equilíbrio econômico-

financeiro dos contratos; que decorre pelas razões dantes expostas, da insuficiência da Perspectiva Tradicional Áleas ou Riscos para tratar do tema; o que será analisada com mais profundidade nos processos de contratação objeto desta pesquisa.

2.3. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO ANTE A VARIAÇÃO CAMBIAL NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO ANALISADOS NESTE TRABALHO

A primeira questão a ser analisada nesta pesquisa, conforme exposto em sua parte introdutória, consiste em procurar avaliar, por meio da análise de contratos/processos administrativos do Estado do Espírito Santo, submetidos à PGE-ES em razão de consulta jurídica, se a Perspectiva Tradicional dos Riscos ou Áleas possibilita uma análise segura e objetiva sobre se a variação cambial ocorrida em um determinado período de tempo deve ser enquadrada como álea ordinária ou extraordinária para efeito de revisão do equilíbrio econômico-financeiro.

2.3.1 Esclarecimentos Iniciais quanto à análise dos dados coletados

Nesse escopo, procedeu-se a análise de 12 (doze) processos administrativos instaurados pelos mais diversos órgãos da Administração Direta do Estado do Espírito Santo para a contratação de produtos e/ou serviços que tivessem íntima correlação como o mercado externo, tendo, por isso, a formação do seu preço e custo fortemente ligados à variação cambial. Os referidos processos foram celebrados segundo a Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, não tendo sido verificada a alocação prévia por meio da matriz de risco em nenhum dos contratos administrativos em questão.

Assim, de posse dos autos administrativos que serviram de esteio para a realização de procedimento licitatório e/ou adesão à ata de registro de preço e, posteriormente, à celebração do instrumento contratual, analisou-se e registrou-se as seguintes informações/dados: (a) o objeto a ser contratado; (b) como se dá sua vinculação ao dólar; (c) a data da realização do procedimento licitatório; (d) a data da celebração do contrato ou da assinatura da ata de registro de preços; (e) a data do requerimento

administrativo de revisão do reequilíbrio econômico-financeiro apresentado pelo contratado; (f) a cotação do dólar comercial para venda em cada uma das respectivas datas e; por fim, (g) o posicionamento da Administração Pública Estadual quanto ao deferimento ou indeferimento do requerimento de revisão em questão.

Antes de adentrar na análise propriamente dita dos processos administrativos em questão, mostra-se necessário esclarecer a razão pela qual foram selecionadas as 7 (sete) variáveis de dados supramencionadas.

A *primeira* e a *segunda* variáveis foram selecionadas para que se pudesse ter uma ideia da natureza dos produtos e/ou serviços que sofrem sensivelmente com a variação cambial e o seu grau de vinculação com a moeda estrangeira e, se essas condições influenciam na verificação ou não dos requisitos necessários para o deferimento da revisão do equilíbrio econômico-financeiro.

Em seguida, verifica-se que a *terceira*, a *quarta* e a *quinta* variáveis, quais sejam, as datas da realização do certame e/ou adesão à ata de registro de preço, da celebração do contrato e do requerimento administrativo de revisão protocolado pelo contratado foram selecionadas em razão da sua relevância para a formação e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Registra-se, ainda, que a *sexta* variável, que trata da cotação do dólar comercial, em seu preço para venda, foi selecionada em razão da necessidade de avaliar-se, numericamente, o percentual de: (I) variação da cotação entre a data do certame e/ou adesão à ata de preço e o requerimento administrativo de revisão e, (II) variação da cotação entre a data da assinatura do instrumento contratual e o requerimento administrativo de revisão.

Dessa forma, pretendeu-se avaliar percentualmente o risco cambial indicado em cada requerimento administrativo de revisão e compará-los entre si. No mesmo sentido, almejou-se analisar se o caráter “abrupto” ou “regular”, indicado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, conforme mencionado em tópico anterior deste trabalho, pode ser verificado no presente caso.

Por fim, a *sétima* variável consiste no posicionamento assumido pela Administração Pública Estadual em cada um dos requerimentos analisados acerca da revisão do

reequilíbrio econômico-financeiro. Nesse ponto, deve-se registrar que o posicionamento adotado pela Administração Pública Estadual em cada um dos casos decorreu da análise em conjunto da PGE-ES, da Secretaria de Controle Externo e Transparência do Estado do Espírito Santo (Secont) e/ou pela equipe técnica interna que assessora o ente ou órgão que submete a consulta.

Dessa forma, firmados os referidos esclarecimentos, passa-se para a análise qualitativa propriamente dita.

2.3.2 Análise dos dados colhidos nos processos administrativos referentes às contratações em que se verificou requerimento de revisão do equilíbrio econômico-financeiro

Por meio da Tabela 2, procurou-se analisar a variável “vinculação do objeto contratado (produto ou insumo) ao dólar”, que retrata a relação que o objeto contratado pela Administração possui com a moeda estrangeira e com o resultado da análise do requerimento de reequilíbrio econômico-financeiro pretendido pelo particular.

O objeto contratado foi classificado como “produto” naqueles casos em que seu valor, como um todo, depende de importação ou possui o seu preço referenciado em moeda estrangeira; e foi classificado como “insumo”, quando seu valor sofreu influência da variação cambial em razão de algum tipo de insumo importado ou referenciado em moeda estrangeira, conforme observa-se abaixo:

Tabela 2 - Vinculação do objeto do Contrato analisado ao Dólar

Nº	Objeto contratado (Produto/Insumo)	Resultado da Análise
1	Produto	Indeferimento
2	Produto	Deferimento
3	Insumo	Indeferimento
4	Produto	Indeferimento
5	Produto	Indeferimento
6	Insumo	Indeferimento
7	Produto	Deferimento
8	Produto	Deferimento
9	Produto	Indeferimento
10	Produto	Indeferimento
11	Produto	Indeferimento
12	Produto	Indeferimento

Desta forma, extrai-se das informações apresentadas na referida tabela que, nas três situações nas quais se deferiu o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, a relação do objeto contratado com a variação cambial caracterizou-se por ser “produto” vinculado ao dólar. Por outro lado, nas outras nove situações em que se indeferiu a revisão por se entender que o risco cambial, naquele caso, seria enquadrado como ordinário, apenas em dois casos a vinculação do objeto contratual com o dólar era “insumo”.

Pode-se, ainda, inferir dos dados da Tabela 2 que, na maioria dos requerimentos de revisão de equilíbrio econômico-financeiro (em 11 casos), a vinculação do objeto contratado com o dólar ocorreu em razão de ser produto importado, ou com preço diretamente vinculado à moeda estrangeira, o que promove facilidade na comprovação da vinculação da variação cambial com o desequilíbrio da equação econômico-financeira.

Nos casos em que a “vinculação do objeto contratado (produto ou insumo) ao dólar” decorre do fato de ser insumo relevante para a fabricação de determinado produto (por exemplo, matéria-prima), ou prestação de um dado serviço, torna-se mais árdua e complexa a comprovação da influência da oscilação cambial, bem como o grau dessa influência no efetivo desequilíbrio econômico-financeiro, razão pela qual, a maioria dos requerimentos protocolados não tinha como pressuposto esse tipo de ligação. Desta feita, observa-se que todos os requerimentos desse tipo foram indeferidos.

Além de exigência de que a variação cambial fosse “extraordinária”, “imprevisível”, “excessiva”, “abrupta” ou “exagerada”, foi imposto ao particular demonstrar que a execução do contrato tornou-se onerosamente excessiva, o que é ainda mais difícil nos casos em que o insumo, e não o produto ou serviço, como um todo, sofre influência da variação cambial.

Na Tabela 3, analisou-se o percentual da variação cambial do dólar entre a (a) cotação na data da realização do certame e a (c) cotação na data do protocolo do requerimento de reequilíbrio econômico-financeiro, com o resultado da análise do requerimento pela Administração, conforme observa-se abaixo:

Tabela 3 - Variação Cambial entre o Certame e o Protocolo do Requerimento de Reequilíbrio Econômico-financeiro

Nº	Data do Certame	Cotação na data do Certame (A)	Data do Protocolo	Cotação na Data do Requerimento (C)	Variação entre (A) e (C)	Resultado da Análise
1	12.11.2012	2,0476	07.01.2014	2,3634	15,4229%	Indeferimento
2	20.03.2014	2,342	10.06.2015	3,0843	31,6951%	Deferimento
3	04.03.2015	2,9804	10.03.2016	3,67	23,1378%	Indeferimento
4	04.11.2011	1,7415	23.08.2012	2,0241	16,2274%	Indeferimento
5	11.08.2011	1,6306	29.05.2012	1,9944	22,3108%	Indeferimento
6	26.11.2010	1,7298	28.11.2012	2,0912	20,8926%	Indeferimento
7	12.05.2015	3,0389	15.12.2015	3,8703	27,3586%	Deferimento
8	11.11.2014	2,5644	20.11.2015	3,701	44,3223%	Deferimento
9	06.08.2014	2,279	10.04.2015	3,0796	35,1294%	Indeferimento
10	16.09.2015	3,8368	05.04.2015	3,6581	-4,6575%	Indeferimento
11	04.10.2012	2,0224	20.01.2013	2,042	0,9691%	Indeferimento
12	19.04.2016	3,5538	09.10.2015	3,7386	5,2001%	Indeferimento

Inicialmente, registra-se que os certames licitatórios que originam os referidos contratos, ocasião utilizada como referência para a realização da proposta dos interessados, advieram entre novembro de 2010 e abril de 2016, e os requerimentos de reequilíbrio econômico-financeiro, entre maio de 2012 e março de 2016.

Assim, constatou-se pelos dados da Tabela 03 que, nos casos em que se concluiu pela necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, a menor variação cambial da cotação do dólar entre o período da realização do certame e o requerimento de reequilíbrio foi de aproximadamente 27,35% (vinte e sete vírgula trinta e cinco por cento), enquanto a maior variação foi de aproximadamente 44,32% (quarenta e quatro vírgula trinta e dois por cento). Dito de outra forma, para fins de classificação como álea extraordinária, em que a oscilação teria sido “imprevisível”, “excessiva”, “abrupta” ou “exagerada”, foram consideradas as variações cambiais superiores a 27,35% (vinte e sete vírgula trinta e cinco por cento), sendo a média entre as referidas variações, da ordem de 34,46% (trinta e quatro vírgula quarenta e seis por cento).

No entanto, nos casos em que se indeferiu o reequilíbrio econômico-financeiro, a menor variação cambial da cotação do dólar entre o período da realização do certame e o requerimento de reequilíbrio foi de aproximadamente -4,65% (menos quatro vírgula sessenta e cinco por cento), enquanto a maior variação foi de cerca de 35,12% (trinta e cinco vírgula doze por cento); ou seja, mesmo em hipóteses em que a variação cambial alcançou valor superior à média de variação obtida nos processos

em que houve o deferimento da revisão (34,46%), o risco cambial foi considerado ordinário, próprio da atividade empresarial, provando a contradição entre os parâmetros utilizados.

Na Tabela 04, analisou-se a relação entre a variação cambial constatada entre a (b) cotação do dólar na data da celebração do contrato, a sua (c) cotação na data do protocolo do requerimento de reequilíbrio econômico-financeiro, e o resultado da análise do requerimento pela Administração, conforme observa-se abaixo:

Tabela 04 - Variação Cambial entre o Contrato e o Protocolo do Requerimento

Nº	Data do contrato	Cotação na data do contrato (B)	Data do Protocolo	Cotação na data do requerimento (C)	Variação entre (B) e (C)	Resultado da Análise
1	01.07.2013	2,2297	07.01.2014	2,3634	5,9963%	Indeferimento
2	06.03.2015	3,0366	10.06.2015	3,0843	1,5708%	Deferimento
3	18.06.2015	3,0472	10.03.2016	3,67	20,4384%	Indeferimento
4	22.11.2011	1,8069	23.08.2012	2,0241	12,0206%	Indeferimento
5	20.12.2011	1,8508	29.05.2012	1,9944	7,7588%	Indeferimento
6	17.12.2010	1,709	28.11.2012	2,0912	22,3640%	Indeferimento
7	06.10.2015	3,8567	15.12.2015	3,8703	0,3526%	Deferimento
8	21.05.2015	3,0295	20.11.2015	3,701	22,1654%	Deferimento
9	N/I	N/I	10.04.2015	3,0796	N/I	Indeferimento
10	18.11.2015	3,7921	05.04.2015	3,6581	-3,5337%	Indeferimento
11	29.01.2013	1,9912	20.01.2013	2,042	2,5512%	Indeferimento
12	N/I	N/I	09.10.2015	3,7386	N/I	Indeferimento

No cenário delineado na Tabela 3, pode-se concluir que nos casos de deferimento do reequilíbrio econômico-financeiro, a menor oscilação cambial verificada foi de aproximadamente 0,35% (zero vírgula trinta e cinco por cento); e a maior oscilação cambial foi de cerca de 22,16% (vinte e dois vírgula dezesseis por cento).

Contudo, nas hipóteses em que se indeferiu o reequilíbrio econômico-financeiro, a menor oscilação cambial apurada foi de aproximadamente -3,55% (menos três vírgula cinquenta e cinco por cento); e a maior foi de cerca de 22,36% (vinte e dois vírgula trinta e seis por cento), apontando a mesma problemática apurada na tabela 02.

2.3.3 Conclusões acerca dos dados coletados

A análise dos dados coletados, distribuídos nas Tabelas 1, 2 e 3, permite que se infira diversas questões relevantes para a compreensão da problemática trazida pelo presente trabalho.

A *primeira* questão, trazida pela Tabela 01, diz respeito à necessidade de analisar-se o grau de influência que a variação cambial possui sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Ora, em um contexto econômico cada vez mais globalizado, todo tipo de relação comercial realizada, em menor ou maior intensidade, tende a sofrer reflexos da variação cambial.

Todavia, a Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos exige, para que seja caracterizado o risco extraordinário, que o risco cambial, além de “imprevisível”, “estranho à vontade das partes” e “inevitável”, ocasione uma onerosidade excessiva ao contrato, ou seja, cause um “desequilíbrio muito grande” (DI PIETRO, 2017).

Assim, o reflexo da oscilação cambial depende do nível de dependência/influência que a moeda estrangeira possui sobre o contrato, o que muitas vezes se mostra difícil de analisar e precisar. Em razão disso, quando da coleta dos dados dos processos referidos, procurou-se distinguir o tipo de relação que o objeto contratado possuía com a moeda estrangeira, dividindo os contratos entre: (a) “produto”, onde o valor do produto como um todo é importado ou possui o seu preço total referenciado em moeda estrangeira, e (b) “insumo”, onde o valor do produto ou serviço era produzido ou prestado em solo nacional, mas que possuía algum tipo de insumo importado ou referenciado em moeda estrangeira.

Nesse sentido, pode-se inferir pelos dados da Tabela 01 que existe uma tendência de reconhecer-se o rompimento da equação econômico-financeira naqueles casos classificados como vinculação por “produto”, ou seja, quando o produto, como um todo, é importado ou possui o seu preço total referenciado em moeda estrangeira. Isso porque, nesse caso, mostra-se mais simples comprovar o montante financeiro do prejuízo verificado, decorrente das oscilações cambiais, por exemplo, por intermédio da apresentação de notas fiscais, declarações de importações, dentre outros.

Por outro lado, na relação cambial aqui denominada de “insumo”, na qual o produto ou serviço possui algum tipo de insumo importado ou referenciado em moeda estrangeira, a análise da intensidade do impacto da variação cambial mostra-se complexa, exigindo a análise de todos os custos envolvidos. A título de exemplo, imagina-se um cenário onde um determinado insumo teve seu valor agravado em 50% (cinquenta por cento) em razão da variação cambial. Porém, o seu custo compõe

apenas 10% (dez por cento) do valor final contratado. Logo, nesse caso, a variação cambial representaria apenas um acréscimo de 5% (cinco por cento) do valor final contratado, situação que, em regra geral, não permitiria o reequilíbrio econômico-financeiro.

Ademais, não foi possível verificar, entre as manifestações e posicionamentos da doutrina e da jurisprudência, elementos que pudessem auxiliar nessa questão, especialmente quando a relação do contrato administrativo se dá com a moeda estrangeira através do “insumo”, demonstrando que esse tema se inclui na chamada “zona cinzenta” da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos.

A *segunda* questão, trazida pela Tabela 02, permite inferir que, excluídos os casos extremos de variação cambial, que podem ser classificados com maior tranquilidade como ordinários (5,2%) e extraordinários (44,32%), grande parte das variações cambiais verificadas podem ser enquadradas como localizadas na chamada “zona cinzenta”, uma vez que as oscilações cambiais verificadas nos processos em que foram deferidos os requerimentos de revisão da equação econômico-financeira não diferiram em muito das oscilações verificadas nos processos em que tais requerimentos foram indeferidos.

Em outras palavras, mostra-se por demais tormentoso distinguir as variações cambiais relacionadas na Tabela 02, verificadas entre 15,42% (quinze vírgula quarenta e dois por cento) e 31,69% (trinta e um vírgula sessenta e nove por cento), entre ordinárias e extraordinárias, dificultando a tarefa tanto do gestor do contrato, que possui diversos receios em relação ao controle externo, dentre outras coisas, quanto do particular, que não pode precisar com certeza se o seu pleito de reequilíbrio será ou não deferido e, caso positivo, em que percentual.

Frise-se que não é razoável, e de certa maneira possível, avaliar se a decisão da Administração Pública Estadual em deferir ou indeferir foi acertada ou não, em especial nessa faixa limítrofe demonstrada na Tabela 02. Pelo contrário, tal análise serve para demonstrar as incongruências e incertezas decorrentes da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, conforme demonstrado nos capítulos anteriores.

Por fim, a *última* questão, suscitada pela Tabela 3, é que, apesar de ser a data da assinatura do contrato o ponto de referência para a “manutenção efetiva das

propostas”, sua distância em relação à data da realização do certame pode causar distorções, não podendo ser considerada para efeito de reequilíbrio econômico-financeiro somente a variação cambial verificada entre a assinatura do instrumento contratual e o requerimento de revisão.

Mesmo assim, a referida tabela corrobora aquilo que já foi demonstrando na tabela anterior, qual seja, a inexistência de critérios objetivos que permitam avaliar e distinguir os riscos cambiais ordinários ou empresariais e, por isso, suportados tão-somente pelo particular, dos riscos cambiais extraordinários, suportáveis pela Administração Pública, o que reforça a ideia da necessidade de buscar-se alternativas que superem ou mitiguem os problemas decorrentes da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 DA PERSPECTIVA DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS COMO APRIMORAMENTO DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DAS ÁLEAS OU RISCOS

As sérias dificuldades de distinção, no plano prático, entre as áleas ordinárias e extraordinárias, somadas às transformações do mercado, e o significativo aumento da complexidade dos contratos administrativos, colocam em xeque a concepção dicotômica decorrente da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos.

Segundo Perez (2006, p. 155), ante o contexto contratual complexo, a visão tradicional acaba sempre proporcionando uma solução simplista, atenta apenas a resolver prejuízos que pudessem ser contabilizados, em detrimento da formulação de alternativas que pudessem evitar ou prevenir futuros prejuízos. Assim, a aplicação dessa ótica, tanto nos contratos administrativos comuns, quanto nas concessões, ao invés de solucionar o problema concreto, acaba por gerar mais insegurança, ou seja, novos problemas.

3.1.1 Alocação ou divisão objetiva dos riscos

A problemática relatada suscitou a reflexão de que seria preciso dividir ou compartilhar os riscos contratuais de forma que se pudesse prever, com mais precisão, o “futuro” econômico-financeiro do contrato, para que fosse possível discernir os riscos que seriam melhor suportados pela Administração e aqueles que seriam melhor suportados pelo contratante, independentemente da classificação de ordinários ou extraordinários.

Em razão disso, começou-se a procurar novas formas de se tratar os riscos aptos a influenciar os contratos administrativos. O marco legislativo dessa nova perspectiva foi a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs) (BRASIL, 2004), editada como resposta à necessidade de modernização da concepção tradicional de equilíbrio econômico-financeiro, trazendo a “repartição objetiva de riscos” como uma das suas

principais diretrizes, relevante instrumento materializador do princípio da eficiência (FRANÇA, 2011, p. 104).

O diploma em questão estabeleceu que os contratos de parceria público privada deveriam prever “[...] a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (BRASIL, 2004).

Nesse instrumento legal, que trouxe regramentos específicos para empreendimentos de grande vulto e de longos períodos de duração, os riscos deixaram de ser divididos segundo a sua previsibilidade para serem separados entre aqueles que podem ser, se previamente calculados, suportados pela parte particular, que teria melhor habilidade para gerenciá-los, e entre aqueles que serão suportados pela Administração, segundo critérios calculados e ajustados no instrumento contratual com antecipação (ARAGÃO, 2013, p. 60).

De acordo com Aragão (2013), essa “distribuição” prévia do risco, prevista na Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), distinguia-se da regra tradicional prevista na Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), na qual a divisão de riscos era estabelecida apenas com base na suposta distinção entre riscos ordinários e extraordinários.

Assim, segundo essa nova ótica aqui denominada de “Perspectiva da Alocação ou Repartição dos Riscos”, os riscos contratuais, independentemente da divisão binária entre ordinários e extraordinários, poderão ser alocados/distribuídos integralmente para uma das partes, ou poderão ser divididos entre ambas, na mesma proporção ou em proporções distintas, conforme a sua natureza e a capacidade de cada uma das partes em gerenciá-los (PEREZ, 2006, p. 128).

Essa nova percepção, segundo Guimarães (2017), passou a exigir dos contratantes a prévia avaliação e identificação de cada risco contratual estabelecendo, com antecedência, a responsabilidade de cada uma das partes, não se limitando a enunciar categorias abstratas de riscos (ordinários e extraordinários), mas, sim, em razão de critérios “[...] que consideram as especificidades de cada risco e a repercussão de sua prevenção e materialização da economia dos contratos” (GUIMARÃES, 2017, p. 40).

Mister ressaltar, entretanto, que a superação da “Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos” não significa o abandono completo da distinção entre riscos ordinários e extraordinários, uma vez que se mostra impossível o esgotamento completo de todos os riscos contratuais possíveis, sempre existindo a possibilidade de que surjam novas circunstâncias não previstas pelas partes contratualmente.

Para Guimarães (2017, p. 40-41), em um mundo ideal todos os riscos poderiam ser “[...] identificados e alocados indubitavelmente à responsabilidade de cada uma das partes”, contexto em que a “[...] margem para disputas e litígios seria mínima [...]”, tendo em vista que os contratantes poderiam contabilizar, com segurança, o custo atinente a cada álea.

No mundo real, entretanto, é “[...] evidentemente impossível eliminar completamente a suscetibilidade do contrato à materialização de riscos não catalogados [...]” (GUIMARÃES, 2017, p. 40-41), seja pelo fato de ser humanamente impossível se conhecer e detalhar em absoluto os riscos a que um contrato esteja sujeito; seja pelo fato de que a realização de estudos, com alto nível de detalhamento e profundidade tem a potencialidade de tornar a proposta comercial economicamente inviável. Isso demonstra que a “Perspectiva da Alocação de Riscos” também possui suas limitações.

Dessa maneira, o que se propõe é que, nos termos do que registra Garcia (2016), a “Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos” seja aperfeiçoada pela “Perspectiva da Alocação de Riscos”, para que sejam evitadas, ao máximo, omissões e obscuridades, deixando-se de lado os riscos impossíveis de se vislumbrar sua ocorrência, ou que sejam irrelevantes para o contrato.

3.1.2 Matriz de risco

O instrumento contratual responsável por materializar previamente o equilíbrio econômico-financeiro, segundo a ótica da Perspectiva da Alocação de Riscos, é a “matriz de risco”, estabelecendo uma tutela preventiva dos riscos a que um contrato está sujeito, em substituição a tutela corretiva da teoria tradicional, que deixa a análise dos riscos para depois da sua ocorrência (GUIMARÃES, 2017, p. 38).

A Lei das Empresas Estatais, nº 13.303/2016, quando aplicada no âmbito das relações jurídicas de direito público, formula a seguinte definição de matriz de riscos (BRASIL, 2016):

[...]

X - Matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Assim, em consonância com França (2011, p. 33), a Perspectiva de Alocação de Riscos, introduzida de forma mais intensa pela Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), trouxe a caracterização e a divisão dos riscos para o plano infralegal e contratual, permitindo que a Administração Pública, por meio dos instrumentos editalícios e contratuais, em especial a matriz de risco, separe e atribua a responsabilidade pela ocorrência de cada risco ou álea entre cada uma das partes, ponderando aquele que teria a maior capacidade para lidar cada risco ou álea.

Em contrapartida, a Perspectiva Tradicional de Riscos ou Áleas, lastreada principalmente na sistemática trazida pela Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), mantém a divisão dos riscos no plano legal, restrita à classificação entre ordinários e extraordinários, o que representa, na prática, que, se o risco for ordinário, o ônus será do particular, e se for extraordinário, o ônus será da Administração Pública.

Logo, quanto mais precisa for a elaboração da matriz de riscos, “[...] menores serão os espaços gerados para interpretações diversas e divergentes sobre a responsabilidade das partes acerca dos riscos que poderão interferir na execução do contrato” (GUIMARÃES, 2017, p. 40).

3.1.3 Critérios para uma alocação minimamente objetiva

A divisão de áleas ou riscos, objeto da matriz de riscos, não pode dar-se de forma aleatória ou pelo livre arbítrio do gestor público, ou seja, precisa estar lastreada em critérios objetivos.

Inicialmente, deve-se delimitar os riscos juridicamente mais relevantes para o contrato. Após isso, reparti-los segundo critérios razoáveis e lógicos. Segundo Fleury (2015), a alocação em questão deve seguir dois parâmetros para que a matriz de risco tenha o mínimo de eficiência: (a) deve destinar o risco a parte do contrato que possua maior capacidade de administrá-lo com o menor custo possível, reduzindo as chances de que os prejuízos venham a ocorrer, ou que, caso ocorram, sejam mitigados; e (b) caso existam riscos que nenhuma das partes tenha condições de administrar, estes devem ser alocados à Administração Pública, uma vez que ela absorverá o prejuízo do risco, caso esse aconteça, sem inviabilizar a celebração do contrato.

Apenas assim a alocação de riscos, previamente estabelecida no edital e no contrato, poderá resultar em significativo ganho ao interesse público. Nesse sentido, Fleury (2015, p. 159) explica que, o parceiro privado “[...] sabendo previamente que deverá suportar o encargo pelo risco de suprimentos [formulará] suas propostas já consciente das medidas que poderá implementar para minorá-los e, com isso, incrementar a eficiência do contrato [...]”, o que poderá resultar em “[...] propostas mais vantajosas à Administração, pois os particulares que tiverem maior capacidade de gestão deste risco poderão ofertar proposta mais competitiva” (FLEURY, 2015, p. 159).

Por outro lado, quando o risco for alocado para o “[...] parceiro público, a princípio o parceiro privado não o incluirá em sua proposta [...]” (FLEURY, 2015, p. 159), devendo a Administração Pública gerenciá-lo ou, na sua impossibilidade, recompor o equilíbrio econômico-financeiro na medida da alteração.

Nesse contexto, ainda de acordo com Fleury (2015), o conceito de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, no formato proposto pelo instituto da revisão, apenas se materializará quando um risco que havia sido atribuído previamente ao ente público vier a se concretizar. Em sentido contrário, caso o evento que venha a se concretizar esteja dentro daqueles riscos previamente atribuídos a parte privada, este

será dinamicamente "absorvido" pela parte privada, melhor preparada para administrá-lo, ou para mitigar os prejuízos que eventualmente possa gerar.

Em grande parte, a importância da sistemática de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, introduzida pela Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), deu-se pelo fato de conferir maior liberdade à Administração Pública e à parte privada para a alocação dos riscos, conforme a capacidade de cada um para gerenciá-los, permitindo que incertezas e inseguranças advindas da existência de "áreas cinzentas" entre as áreas ordinárias e extraordinárias, agravadas por conceitos divergentes e contraditórios (conceitos legais indeterminados), fossem afastadas ou, ao menos, muito reduzidas.

Para orientar a elaboração de matrizes de riscos, corroborando a necessidade de gerenciar adequadamente os riscos a que um contrato ou organização estão sujeitos, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) normatizou a NBR ISO 31000, que trata dos Princípios e Diretrizes da Gestão de Riscos (2009).

Seguindo o mesmo intuito, o Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal, quando da edição da Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, procurou orientar e regulamentar todo o processo que envolve o gerenciamento de riscos nos contratos que abrangem a prestação de serviço por meio de mão-de-obra (BRASIL, 2017).

Deve-se esclarecer, entretanto, que o presente trabalho não possui o objetivo de se aprofundar nas diversas técnicas de elaboração de matrizes de alocação de riscos, que se tornam mais abstrusas à medida em que a complexidade do contrato aumenta, exigindo-se conhecimentos específicos de cada campo de atuação, a exemplo a ciência da Administração e da Engenharia.

3.2 DA POSSIBILIDADE DE ALOCAÇÃO DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES REGIDAS PELA LEI Nº 8.666/93 COMO SOLUÇÃO PARA A VARIAÇÃO CAMBIAL. MATRIZ DE RISCOS

Ante o exposto até aqui, a questão que surge é se a referida sistemática de alocação de riscos, devidamente prevista e autorizada pela Lei das PPPs, aqui denominada de "Perspectiva de Alocação de Riscos", pode ser utilizada nos contratos regidos pela

LGL, em especial para a previsão de parâmetros (matriz de risco) referentes à variação cambial.

A regra geral trazida pela LGL estabelece, basicamente, que os riscos ordinários, por serem considerados próprios do negócio econômico, são alocados para a parte privada do ajuste administrativo. Por outro lado, a Administração será responsável pela superveniência de eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, ou seja, os riscos extraordinários, que podem ser subdivididos entre caso fortuito ou força maior, fato do príncipe, fato da Administração, e álea econômica extraordinária.

Nas parcerias público-privadas está o marco para o desenvolvimento do conceito de “alocação dos riscos”. Entretanto, os riscos inerentes ao contrato podem ser divididos com mais liberdade, objetivando sempre encontrar a melhor modelagem para viabilizar o negócio, sem prejudicar o interesse público a ser atendido pelo referido serviço público contratado.

Assim, questiona-se a possibilidade de que os contratos que envolvam constantes variações cambiais, regidos pela sistemática rígida da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos da LGL, possam adotar instrumentos de tutela do equilíbrio econômico-financeiro segundo a lógica da divisão de riscos da lei das PPPs.

Defende-se, no presente estudo, que essa alternativa é juridicamente possível e, dependendo das circunstâncias, recomendável. Em primeiro lugar, a alocação prévia de riscos permite a otimização do princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro. E, em segundo lugar, a LGL não veda a possibilidade da distribuição contratual dos riscos entre a Administração e o contratado, demonstrando a viabilidade da solução sustentada.

No sentido de corroborar a utilização da matriz de risco nos contratos administrativos “comuns”, regidos pela LGL (Lei nº 8.666/93), intimamente influenciados pela variação cambial, Garcia (2016, p. 372) defende que a “[...] partilha de riscos pode integrar qualquer contrato administrativo, inclusive os regidos pela Lei 8.666/1993”.

Para Garcia (2016, p. 372), apesar de ser nos “[...] contratos mais complexos, como as concessões patrocinadas ou administrativas [...]” que se exige uma “[...] definição

mais objetiva dos riscos assumidos por cada parceiro [...]”, os “[...] contratos mais simples podem ensejar a inclusão de cláusulas delimitadoras dos respectivos espaços entre a álea ordinária e a álea extraordinária” (GARCIA, 2016, p. 372).

Dito de outra forma, mesmo naqueles contratos “comuns” da LGL, supostamente menos complexos, é perfeitamente possível a alocação prévia e contratual dos riscos, de maneira a elidir a insegurança decorrente das “áreas cinzentas”, nas quais a distinção entre ordinários e extraordinários, tratada em tópicos anteriores, se mostra problemática e insegura.

Apenas a título ilustrativo, pode-se lançar mão do regramento existente no direito português, de relevante influência para o direito pátrio, qual seja, o Código dos Contratos Públicos (CCP), recentemente revisado, para se adequar as diretrizes 2014/23/EU e 2014/24/EU propostas pela União Europeia (PIETRO, 2018).

O CCP português possui ampla aplicação, abrangendo todos os contratos administrativos, conforme apregoado em seu artigo 1º. O referido instrumento, em seu artigo 282, que trata especificamente da “Reposição do equilíbrio financeiro do contrato”, estabelece que “[...] o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos [...]” (PORTUGAL, 2016, p. 36) e nos quais o “[...] cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos” (PORTUGAL, 2016, p. 36).

Ou seja, apenas naqueles casos em que o risco não tenha sido antecipadamente previsto na “repartição do risco” entre as partes é que se poderá falar em “reposição do equilíbrio financeiro.

Assim, as disposições contidas na regra de aplicação geral do direito português permitem que os contratos administrativos sejam celebrados sob a perspectiva da “repartição dos riscos”, indicando possível caminho a ser seguido pelo direito administrativo brasileiro.

Deve-se esclarecer, entretanto, que a alocação ou repartição de riscos encontra limitações em razão dos infindáveis tipos de riscos que podem ser verificados no curso

de um contrato administrativo, razão pela qual sempre persistirão situações que precisarão ser analisadas segundo a ótica tradicional.

Postas todas as considerações, pretende-se pontuar algumas razões pelas quais se deve defender que, ante a resposta negativa à questão principal do presente trabalho (CONTEXTO E PROBLEMA), pode a Perspectiva da Alocação de Riscos, mesmo estranha aos contratos administrativos regidos pela LGL, contribuir para solucionar a questão da insegurança decorrente da dificuldade de enquadrar-se a variação cambial segundo a Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos.

Nesse sentido, mostra-se necessária a exposição de algumas razões que justificam a adoção dessa alternativa, conforme segue.

3.2.1 A alocação do risco cambial como garantia ao princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro

O princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, extraído do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, garante a “[...] manutenção das condições efetivas da proposta [...]” (MIRANDA; ROCHA, 2013, p. 14) nos contratos administrativos. Assim, o texto constitucional não limita a forma ou o mecanismo para a busca pelo equilíbrio, mas estabelece que ele deve ser preservado, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste contratual.

Logo, ao adotar-se nos contratos “comuns” submetidos à LGL instrumento de tutela de equilíbrio econômico-financeiro mais eficiente, apto a eliminar ou, ao menos, reduzir as “zonas cinzentas” que separam os riscos ordinários dos extraordinários, otimiza-se o cumprimento do referido princípio constitucional.

Ora, a boa hermenêutica exige que a lei ordinária, no caso em tela a Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), seja interpretada segundo a Constituição, especificamente com o inciso XXI, do artigo 37, e não o contrário.

Sobre essa questão, Guimarães (2008, p. 04) afirma inexistir na Constituição rigidez tal “[...] do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira” que permita se afirmar que as partes não poderiam dispor livremente da distribuição de riscos

(ordinários e extraordinários). Em outras palavras, não se pode admitir que “[...] o âmbito tutelar da recomposição do equilíbrio contratual esteja informado pela indisponibilidade de interesses [...]”, devendo prevalecer neste ponto a autorregulação contratual entre as partes.

Ademais, bem registra Guimarães (2008, p. 04), “[...] o texto constitucional não delimita o alcance jurídico do princípio da equação econômico-financeiro do contrato [...]”, uma vez que, do “[...] enunciado do inciso XXI do artigo 37 da Constituição tira-se apenas uma regra que impõe, nas contratações administrativas em geral, a manutenção das ‘condições efetivas da proposta’ [...]” (GUIMARÃES, 2008, p. 04). Contudo, tal regra constitucional não restringe o “[...] espaço pré-contratual, no sentido de inibir juridicamente a possibilidade de as partes pactuarem uma distribuição de riscos, dispondo sobre uma divisão de responsabilidades acerca de contingências relacionadas à execução do contrato” (GUIMARÃES, 2008, p. 04).

Dito de outra forma, a regra constitucional da manutenção das “condições efetivas da proposta” tão somente assegura, segundo Guimarães (2008, p. 05) “[...] a intangibilidade das condições fixadas na proposta, protegendo o pacto de intervenções administrativas autoritárias na esfera das cláusulas econômicas do contrato [...]”, sem qualquer limitação expressa à “[...] livre disposição pelas partes quanto à partilha de responsabilidades sobre riscos (que importe na alocação de riscos ordinários e extraordinários entre as partes)” (GUIMARÃES, 2008, p. 05). Logo, seria excessiva e arbitrária qualquer interpretação da Constituição que limite a livre divisão de riscos ordinários e extraordinários nos contratos em geral, inclusive naqueles regidos pela LGL.

Dessa forma, a alocação antecipada dos riscos referentes à variação cambial dos contratos comuns, por meio da matriz de riscos, consiste na otimização do referido princípio, e não na sua violação, garantindo que o ordenamento jurídico possa adequar-se a situações mais complexas, nas quais a simples distinção entre áleas ordinárias e extraordinárias não é suficiente para trazer segurança jurídica.

3.2.2 A alocação do risco cambial e a segurança jurídica

Os contratos administrativos devem ser norteados pelo princípio da segurança jurídica, que impõe, dentre outras coisas, que as relações jurídicas busquem sempre previsibilidade e clareza. Para Mello (2013, p. 41), “[...] Direito e segurança jurídica são noções literalmente inseparáveis [...]”, sendo da própria essência do ser humano a busca pela segurança.

Assim, uma das principais razões para que se proceda a alocação prévia de riscos por meio da matriz de riscos é segurança jurídica, inclusive naqueles contratos sob a égide da LGL. Tal conduta permite que cada parte tenha plena ciência dos riscos sobre os quais será responsável, possibilitando que estejam preparadas para a eventual materialização dos riscos, precificando inclusive, aquilo que for possível.

Sobre isso, Ferreira (2013, p. 619) esclarece que entre “[...] todos os aspectos que envolvem um contrato administrativo, a repartição de riscos entre as partes contratantes é aquela em que o princípio da segurança jurídica se apresenta com maior pujança”.

Isso porque, ainda em consonância com Ferreira (2013. p. 619), o “[...] mecanismo de alocação de riscos nada mais é do que um instrumento de realização da mesma ideia de segurança jurídica [...]”, tendo em vista que “[...] o seu desiderato consiste essencialmente em permitir ao contratante privado saber [...]” (FERREIRA, 2013. p. 619), ainda na fase pré-contratual, quais eventos podem agravar sua rentabilidade ou dificultar-lhe a execução do contrato, motivo pelo qual a “[...] repartição de riscos consiste numa garantia conferida ao particular de que só assumirá os riscos decorrentes de eventos que lhe forem previamente atribuídos por lei ou pelo contrato [...]” (FERREIRA, 2013. p. 619), trazendo-se estabilidade e previsibilidade para a sua atuação.

Ferreira (2013, p. 630) assevera ainda que “[...] o modelo da repartição contratual de riscos, levado a efeito pela Lei nº 11.079/04, atende ao princípio da segurança jurídica mais satisfatoriamente do que aqueloutro estabelecido pela Lei nº 8.666/93 [...]”, dentre outras razões, por procurar “[...] evitar discussões em torno da categorização do risco, para só então se definir qual das partes contratantes haverá de assumi-lo” (FERREIRA, 2013, p. 630).

O autor em questão, ao ilustrar as limitações do modelo trazido pela LGL, lança mão justamente do risco decorrente da variação cambial, e cita como exemplo contrato “[...] cuja execução demande insumos que sejam, em grande medida, importados” (FERREIRA, 2013, p. 630). Quando verificada a variação cambial acentuada em contrato submetido ao regime de contratação estabelecida pela LGL, a solução passará pela identificação da “[...] categoria a qual pertence o evento que ensejou o risco em questão [...]” (FERREIRA, 2013, p. 630), cabendo ao contratante privado a compreensão de que:

[...] o evento em tela insere-se no âmbito da teoria da imprevisão ou, ainda, que se caracteriza como fato do príncipe (se, no caso, a valorização da moeda estrangeira decorrer artificialmente de uma medida tomada pela autoridade monetária) (FERREIRA, 2013, p. 630).

Mesmo assim, poderia a Administração Pública interpretar a acentuada variação cambial como “evento típico da álea ordinária”, restando ao particular assumir o ônus ou se dirigir ao Poder Judiciário. Portanto, resta evidente para Ferreira (2013, p. 630) que “[...] a complexidade dos fatos da vida e o seu caráter multifacetado nem sempre permitem que se identifiquem, nos eventos que afetam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato [...], traços típicos que permitam diferenciar entre o risco ordinário e o extraordinário, o que enseja “[...] avaliações subjetivas acerca dessa categorização, comprometendo, dessa forma, a desejada segurança jurídica” (FERREIRA, 2013, p. 630).

Por outro lado, a adoção de uma matriz de riscos, segundo a Perspectiva de Alocação de Riscos, mesmo em contratos firmados sob a lógica da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), em especial para tratar da questão que envolve a variação cambial, permite a celebração de acordo de vontades com maior segurança jurídica, evitando-se a ocorrência de circunstâncias não previstas contratualmente, que possam vir a abalar a relação contratual e, até mesmo, inviabilizar o seu prosseguimento.

3.2.3 A alocação do risco cambial e o princípio da eficiência e economicidade

A chamada “Reforma da Administração Pública” introduziu o ideal da administração gerencial influenciando, dentre outras coisas, na positivação do Princípio

Constitucional da Eficiência, introduzido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 19/88 (BRESSER-PEREIRA, 1988).

A inclusão expressa desse princípio demonstrou a preocupação do ordenamento jurídico de que a Administração Pública não se limitasse apenas a agir segundo os limites legais, mas que fosse eficiente e produzisse resultados eficazes para a sociedade (GARCIA, 2016, p.73). Ou seja, a atenção dos agentes públicos não deveria se limitar apenas a agir dentro dos parâmetros legais, também devendo buscar a eficácia dos resultados a serem produzidos.

Entre as várias facetas do princípio da eficiência, encontra-se o princípio da economicidade, no qual o resultado pretendido é analisado segundo a relação entre custo-benefício das contratações públicas (GARCIA, 2016, p.73).

Assevera Garcia (2016, p. 72), entretanto, que a eficiência e a economicidade, não consideram “[...] apenas os aspectos relativos ao desembolso financeiro [...]”, mas também outros valores republicanos, como o melhor aproveitamento possível dos recursos públicos, não sendo, portanto, a economicidade, “[...] aferível apenas no momento da licitação, mas também quando das alterações contratuais” (GARCIA, 2016, p. 72).

Não se pode negar, contudo, que num primeiro momento, a alocação prévia de riscos (matriz de risco) pode elevar o valor das propostas comerciais. Mesmo assim, ao se “[...] evitar que as alterações contratuais se constituam em ilegítimo mecanismo de aumentar arbitrariamente o lucro a partir de conformações contratuais inadequadas [...]” (GARCIA, 2016, p. 74), geralmente verificadas no momento das alterações contratuais, estará sendo privilegiada a economicidade global do contrato.

Os efeitos da incidência da eficiência e economicidade podem ser verificados em dois momentos distintos, quais sejam, no momento preparatório da realização do procedimento licitatório e no momento da execução do contrato.

No que tange ao momento *preparatório*, a alocação prévia de riscos tende a evitar que as incertezas decorrentes da ocorrência ou não de determinados eventos (previsíveis ou não) sejam precificados nas propostas de possíveis interessados, permitindo-se

que os licitantes apresentem propostas economicamente mais interessantes para a Administração Pública (GUIMARÃES, 2017).

Quanto ao momento da *execução*, a divisão antecipada dos riscos do contrato permite que, em alguns casos, seja possível indicar-se, previamente, quais serão as fórmulas, os critérios ou os índices utilizados para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no caso da ocorrência de um fato imprevisível que exija a alteração ou a modificação do objeto contratado. Tal questão possibilitará que sejam adotadas soluções menos dispendiosas do que os preços estabilizados na proposta vencedora, podendo garantir, por exemplo, a manutenção da mesma média de desconto obtida pela licitação.

Nesse sentido, demonstrando a necessidade de se estabelecer uma matriz de risco precisa como forma de garantir a economicidade do contrato, Guimarães (2017, p. 42-43) esclarece que “[...] a incompletude dos contratos em relação à alocação de riscos pode gerar distorções no resultado da licitação [...]”, o que, por um lado prejudica a possibilidade de comparação entre as propostas aumentando os custos do acordo e, por outro “[...] abre a porta para condutas oportunistas, permitindo-se em certos casos que o licitante adjudicatário da concessão não necessariamente seja aquele com a capacidade de desempenhar o serviço de modo mais eficiente [...]” (GUIMARÃES, 2017, p. 42-43), mas aquele com melhor “condição política” de renegociação do contrato.

Sustenta, ainda, Guimarães (2017, p. 42-43), que a não alocação prévia e precisa dos riscos, propicia o “[...] incremento dos chamados custos de transação [...]”, tendo em vista que, sem “[...] uma demarcação segura dos riscos, os ofertantes tenderão a inevitavelmente incorporar em suas propostas os custos para o seu gerenciamento [...]”, como maneira de ser da possível responsabilização de riscos futuros, tendendo sempre para “[...] cenários pessimistas, o que acabará promovendo o encarecimento das ofertas” (GUIMARÃES, 2017, p. 42-43).

No caso específico dos riscos decorrentes das variações cambiais, o que se sugere nesse estudo não é alocar quem responderá pela variação cambial exclusivamente, mas estabelecer a faixa de variação cambial cuja oscilação da moeda será de

responsabilidade do contratante. Ultrapassado esse limite, deverá o risco ser suportado pela Administração.

Dessa forma, pode-se concluir que a alocação de riscos nos contratos regidos pela LGL, em especial quanto à variação cambial, permitirá que a Administração Pública cumpra melhor o princípio da eficiência e economicidade (SILVA, 2014, p. 44), obrigando tanto os gestores públicos responsáveis pelo contrato, quanto o contratado, a analisarem a forma como os riscos serão distribuídos.

Adverte-se, contudo que a distribuição dos riscos também deve ser feita de forma eficiente, conceito que exige uma análise que vai além do aspecto jurídico. Nesse sentido, Guimarães (2017, p. 47) esclarece que a percepção e aplicação desse princípio possui “[...] uma forte interface com a teoria econômica que orienta a distribuição de riscos contratuais, determinando ao gestor a observância de certas regras e premissas econômicas para esse fim”.

A título de exemplo, não poderia a Administração Pública elaborar uma matriz de risco alocando completamente para o particular todos os riscos relevantes e declarar que cumpriu fielmente o princípio da eficiência e da economicidade. Isso porque, caso algum particular tenha “coragem” de se interessar pelo objeto do certame, provavelmente apresentará proposta economicamente exorbitante.

Assim, para que a pretendida alocação de riscos atenda, de fato, ao princípio da eficiência e da economicidade, mostra-se necessário que a Administração, previamente ao certame, realize estudos e análises de modo que “[...] persiga um catálogo minucioso e detalhado dos riscos, classificando-os e alocando-os à responsabilidade parcial ou plena de cada parte” (GUIMARÃES, 2017, p. 47).

E só após esse detalhamento, distribua os riscos entre os contratantes, considerando a capacidade das partes para melhor gerenciá-los, ou seja, que os riscos sejam distribuídos a quem “[...] tem aptidão para se prevenir dos riscos a custos mais baixos do que a outra ou para minorar os prejuízos na hipótese de materialização dos riscos” (GUIMARÃES, 2017, p. 47).

Em síntese, a alocação do risco cambial nos contratos regidos pela LGL privilegia os princípios da eficiência e economicidade, desde que tal procedimento também seja feito de forma eficiente e econômica.

3.2.4 A alocação do risco cambial: publicidade e transparência

O princípio constitucional da publicidade trouxe à Administração Pública o dever de divulgar amplamente os seus atos, com o intuito de se assegurar e resguardar a legitimidade da sua atuação, bem como de garantir o controle sobre sua atividade (GARCIA, 2016, p. 72), como disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Intimamente ligada à publicidade está a transparência que, por alguns, é tratada como um subprincípio (ELIAS, 2012) e, por outros, como consequência do princípio da publicidade (OLIVEIRA, 2017, p. 117), representando verdadeira “qualificação” do dever de publicidade, uma vez que não basta que uma determinada informação venha a público, sendo necessário que o cidadão comum tenha a capacidade de entender com clareza aquilo que está sendo divulgado.

Nesse sentido, no “[...] plano das licitações e contratos administrativos é possível afirmar que, quanto maior a transparência da licitação e dos mecanismos de execução e gestão do contrato, menor é o risco de serem praticados atos de corrupção” (GARCIA, 2016, p. 72).

Assim, a manifestação prévia acerca da divisão dos riscos, por meio da elaboração de uma matriz de riscos, tende a garantir maior transparência tanto na licitação quanto na execução do contrato, restringindo as chances de acordos escusos entre particulares e agentes públicos quando da ocorrência de álea extraordinária, e permitindo maior controle sobre a execução do contrato.

Logo, caso a divisão dos riscos não seja realizada anteriormente à celebração do contrato, o que permite o estabelecimento de parâmetros previamente fixados no contrato, permitir-se-á uma conduta deveras subjetiva por parte do gestor público na análise do pleito de reequilíbrio ante a variação cambial, impedindo a realização de um controle objetivo (GUIMARÃES, 2008, p. 06).

Ademais, a transparência é ferramenta cogente para que o ambiente de negócios no plano público seja o mais aberto e competitivo possível, permitindo que as decisões e as ações governamentais sejam compreendidas de forma mais didática possível (GARCIA, 2016, p.72).

Nesse contexto, a alocação prévia dos riscos cambiais, em que se explicitará e distinguirá as variações cambiais ordinárias das “abruptas” (extraordinárias), permitirá maior transparência aos licitantes, quando da fase licitatória, bem como possibilitará que os controles externo e social analisem se os termos contratuais estão sendo efetivamente cumpridos.

Assim, a publicidade e a transparência reforçam a Perspectiva da Alocação da Álea ou Risco para os contratos submetidos à LGL, como forma de mitigar a problemática apresentada neste trabalho.

3.2.5. A alocação do risco cambial e o caráter competitivo do certame

A Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), em seu artigo 3º, §1º, inciso I, estabeleceu a necessidade de que os agentes públicos garantam o “caráter competitivo” do certame, permitindo que a licitação busque a “[...] proposta mais vantajosa para a Administração Pública” (GARCIA, 2016, p. 85).

Nesse sentido, observa-se que a capacidade de comparação entre as propostas apresentadas pelos licitantes interessados constitui relevante maneira de se garantir o “caráter competitivo”, uma vez que, se não for possível confrontar e contrapor todas as propostas entre si, não se pode concluir qual seria a “mais vantajosa”.

Sobre essa questão, Guimarães (2017, p. 42) afirma que a “[...] comparabilidade entre as propostas é evidentemente prejudicada [...]”, quando pontos relevantes restam omissos no instrumento contratual, como por exemplo a alocação de riscos, o que “[...] pode gerar percepções distintas pelos interessados com relação à responsabilidade sobre os riscos” (GUIMARÃES, 2017, p. 42).

Para Guimarães (2017, p. 42), se os licitantes interessados possuem “[...] visões discrepantes quanto à assunção de riscos, o que se reflete em discrepâncias na

contabilização e provisionamento dos custos necessários para o gerenciamento de riscos [...]", não poderá a Administração Pública cotejar propostas traçadas sob pressupostos distintos, resultando na subtração da "[...] equivalência de condições para a comparabilidade entre as propostas, com prejuízos ao processo de licitação" (GUIMARÃES, 2017, p. 42).

Ademais, as incertezas acerca das informações e dos contornos do contrato administrativo acabam sempre por afastarem interessados em contratar com a Administração, diminuindo a quantidade de interessados no objeto a ser licitado.

Dessa maneira, a alocação dos riscos decorrentes da variação cambial, de modo a deixar claro previamente a todos os licitantes interessados qual será a grau de oscilação que lhe será atribuído como responsabilidade, e qual o limite para que a Administração também possa arcar com risco, possibilitará que todas as propostas tenham o mesmo pressuposto cambial e, por isso, passem a ser analisadas sob o mesmo patamar, propiciando uma maior busca pela vantajosidade e privilegiando o caráter competitivo do certame.

3.2.6 A alocação do risco cambial e a isonomia

Observa-se, ainda, que a divisão prévia dos riscos inerentes ao contrato decorrente da Perspectiva da Alocação de Áleas ou Riscos, de forma expressa no edital e no termo contratual, garante a isonomia no tratamento da Administração aos contratados, uma vez que estabelece previamente como deverá ser a conduta adotada em caso de verificação dos riscos então delineados.

Tal previsão evita que o gestor responsável pelo contrato adote condutas, em resposta os riscos ocorridos, segundo a pessoa do sujeito que ocupa a posição de contratado. Dito de outra maneira, não pode a Administração tratar de forma mais complacente alguns, e de forma mais rigorosa outros, impondo-se que a resposta, ante à ocorrência dos riscos previamente delimitados, seja isonômica. Isso, inclusive, permite que espaços abertos à corrupção sejam restringidos, reduzindo o âmbito subjetivo que permeia a decisão administrativa a ser adotada após a ocorrência de eventos que fogem da órbita ordinária.

Logo, independentemente de quem seja o contratante ou o contratado, a interpretação do conceito “oscilação regular” ou “desvalorização abrupta” a ser aplicada para elidir eventuais impasses deverá ser sempre a mesma.

3.2.7 A alocação do risco cambial e o espaço de análise do Estado Juiz

A Constituição Federal elencou entre os direitos e garantias constitucionais fundamentais do cidadão o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV) (BRASIL, 1988), permitindo que a parte do contrato administrativo que se considerar lesada em relação ao equilíbrio econômico-financeiro busque o Poder Judiciário.

Todavia, o exercício desse legítimo direito pode trazer dificuldades para a continuidade do objeto contratual, bem como para a coletividade beneficiada (ou afetada) pelo mesmo. O primeiro tipo de problema que pode vir a ser enfrentado consiste em atribuir a um agente público (juiz), inicialmente estranho à relação jurídica em questão e, algumas vezes, sem o conhecimento completo sobre a referida questão, o arbítrio de decidir sobre quem recairá a responsabilidade decorrente de determinado risco, o que pode ser arriscado e imprevisível (GUIMARÃES, 2017, p. 44).

A respeito dessa questão, Guimarães (2017, p. 43-44) alerta que “[...] a omissão contratual retira do administrador público o papel de definir a alocação *ex ante* dos riscos, transferindo-o ao Poder Judiciário [...]”, que será, por sua vez, obrigado a estabelecer “[...] *ex post* os riscos à responsabilidade das partes, na esfera de disputa judiciais que se erguem da omissão ou da dubiedade do contrato” (GUIMARÃES, 2017, p. 43-44).

Num contexto de disputa judicial, Guimarães (2017, p. 43-44) adverte que “[...] o juiz acabará arbitrando a responsabilidade sobre riscos de acordo com premissas eminentemente jurídicas, promovendo uma alocação *ex post* de riscos [...]”, o que poderá acarretar prejuízos para ambas as partes, subvertendo a lógica da alocação de riscos. Isso porque o Poder Judiciário, ao ser chamado a suprir a carência da regulação contratual quanto à divisão dos riscos, pode acabar por “[...] desvirtuar a

racionalidade da alocação de riscos, que se afigura um expediente fundamentalmente econômico e não tanto jurídico” (GUIMARÃES, 2017, p. 43).

Alega, ainda, Guimarães (2017), que uma das grandes dificuldades de se permitir que o Estado Juiz analise e decida se, no caso em concreto, o risco seria ordinário ou extraordinário, é que tal questão deve ser analisada sobre a ótica da “[...] racionalidade econômica, que se orienta pelo objetivo de reduzir o somatório de custos envolvidos numa contratação, gerando-lhe maior eficiência” (GUIMARÃES, 2017, p. 43).

Soma-se a essa questão, outros tipos de problemas como o fato de que a instauração de um processo judicial tende a onerar ainda mais as partes, sem contar que o tempo do processo, muitas vezes, não atende ao tempo do contrato administrativo em questão.

Frise-se que não se está defendendo que a alocação de riscos prévia, por meio da elaboração de matriz de risco, impedirá o acesso ao Poder Judiciário, evitando os mencionados problemas. Mas, a adoção dessa técnica pelo administrador público permitirá que situações polêmicas e conflituosas (áreas cinzentas) sejam reduzidas, restringindo, também, o potencial litigioso de cada contrato administrativo.

Além disso, mesmo que se venha recorrer ao Poder Judiciário, a alocação prévia de riscos nos contratos regidos pela LGL, proposta do presente trabalho, tende a simplificar a análise judicial, que não mais terá que se debruçar sobre a variação cambial para “decidir” se ela foi ordinária ou extraordinária, mas apenas para analisar se o risco suportado por cada parte consiste naquilo que foi inicialmente estabelecido na matriz de risco do contrato. Ou seja, a atuação do Estado Juiz tende a se limitar a aferir o cumprimento ou não do contrato, mais especificamente da matriz de risco.

3.2.8 A alocação do risco cambial e as conclusões parciais

No decorrer dos tópicos anteriores, procurou-se demonstrar a relevância da Perspectiva da Alocação dos Riscos para contratos administrativos em geral (LGL), que permite, pela prévia alocação ou divisão de riscos, materializada na matriz de riscos, mitigar ou até mesmo afastar a problemática decorrente da ausência de

critérios objetivos na diferenciação entre riscos ordinários e extraordinários, como forma de garantir-se o direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

Ademais, a sistemática comumente utilizada nos contratos celebrados com fulcro na Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004) pode ser utilizada nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993) como forma de garantir o princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, em especial, quanto à questão do risco cambial, que se mostra sensivelmente confusa e nebulosa quando encontra-se na chamada “área cinzenta”.

Registra-se, ainda, que a ausência de previsão legal expressa referente à alocação de riscos, nos termos daquilo que foi positivado no inciso III do artigo 5º da Lei nº 11.079/2004 (PPP's), não impede a sua adoção nos contratos comuns ligados ao mercado externo que possuem fundamento na Lei nº 8.666/93 (LGL) como maneira de maximizar a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes administrativos, sendo que a mesma não veda ou impede essa medida, o que privilegia o princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro.

3.3 DA SUGESTÃO DE SOLUÇÃO A PROBLEMÁTICA DECORRENTE DO RISCO DA VARIAÇÃO CAMBIAL

No intuito colaborar com o deslinde da questão, a seguir apresentar-se-á proposta de solução (matriz de risco), de forma simples, para tratar, especificamente, da questão referente aos riscos cambiais decorrentes das oscilações do câmbio estrangeiro.

3.3.1 Elaboração de matriz de risco que estabeleça previamente o percentual/quantitativo da variação cambial apto para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro.

A problemática delineada nesse estudo iniciou-se no relato da dificuldade da chamada Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, em momento posterior à ocorrência do evento, em distinguir os *riscos ordinários*, próprios da atividade empresarial e, por isso, insuficientes para desequilibrar a equação econômico-financeira, dos *riscos*

extraordinários, decorrentes de eventos imprevisíveis, não conhecidos pelas partes, onerosos o bastante para impedir ou dificultar a execução do contrato, razão pela qual ensejam a revisão do equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse contexto, verificou-se a dificuldade encontrada pela Administração Pública Direta do Estado do Espírito Santo para discernir os *riscos cambiais ordinários*, próprios de economias intimamente ligadas a moedas estrangeiras, dos *riscos cambiais extraordinários*, decorrentes de oscilações cambiais “abruptas”, “imprevisíveis”, “excessivas” e “exageradas”.

Em resposta a essas incertezas, o presente trabalho procurou demonstrar a relevância da Perspectiva de Alocação de Áleas ou Riscos, própria de contratos específicos, como as PPPs, que se preocupa em alocar, ou seja, dividir previamente entre o contratante público e o privado os riscos passíveis de verificar-se no curso do contrato.

A distribuição da responsabilidade pelos riscos, independentemente da sua ordinariedade ou extraordinariedade, pressupõe que sejam direcionados os riscos àquela parte do contrato que possui a melhor capacidade de gerenciá-los, podendo ser integral ou parcial.

Em razão disso, apresenta-se como sugestão, na condição de medida resolutiva ou mitigadora do problema decorrente dos riscos cambiais, a definição de uma faixa de variação cambial de responsabilidade ou proveito do particular, considerando a oscilação, para todos os efeitos, um risco ordinário.

Quando a oscilação da cotação da moeda em questão alcançar parâmetros que ultrapassem essa faixa (teto e piso) de variação cambial, sugere-se que a responsabilidade pelas alterações seja atribuída a Administração Pública Estadual, na proporção em que a cotação ultrapassar a referida faixa cambial; ou de proveito, em caso de a cotação ficar inferior ao limite mínimo.

A denominada “faixa cambial” deverá ser estabelecida pela matriz de risco do referido contrato, estabelecendo-se, basicamente, o (a) valor máximo e o (b) valor mínimo que a cotação cambial poder alcançar, tendo-se como referência o valor da cotação cambial na data da proposta comercial ou da celebração do contrato.

Assim, a título de exemplo, estando a cotação cambial do dólar, na data da proposta comercial ou celebração do contrato em R\$ 3,00 e, pressupondo que a oscilação de 20% (vinte por cento) para cima ou para baixo é aceitável ou recomendável, para aquilo que se considera ordinário para o mercado, nessa hipótese, caso a oscilação cambial, no curso da execução do contrato, alcance R\$ 3,40, não poderá o particular pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, alegando que a variação cambial teria sido abrupta, excessiva ou exagerada. Isso porque, previamente, o particular teve plena ciência, por intermédio da matriz de risco anexa ao instrumento contratual, que suportaria o ônus da variação cambial até o limite de R\$ 3,60. Caso a oscilação ultrapasse a referida faixa máxima, por exemplo, alcançando o valor de R\$ 3,70, surgirá ao particular o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, na proporção referida oscilação, que no referido exemplo representa R\$ 0,10.

Por outro lado, caso a oscilação cambial seja negativa, resultado em valores cambiais inferiores ao valor mínimo da faixa cambial, surgirá em favor da Administração Pública o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista ter-se rompido em seu desfavor a “equivalência honesta” do contrato, na proporção da referida oscilação.

Para a operacionalidade do referido modelo, deve-se deixar claro a data da cotação que deverá ser considerada para efeito do estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, sempre que se proceder a revisão do equilíbrio econômico-financeiro em razão da variação cambial que ultrapassou a chamada faixa cambial, deverá ser estabelecida nova data, marco de referência, para o ponto de equilíbrio econômico-financeiro do contrato modificado.

Necessário admitir, entretanto, que o modelo proposto de alocação de riscos cambiais encontra limitações e dificuldades decorrentes da sua, ainda, incipiente utilização/ adoção pelas Administrações Públicas do Brasil, mesmo naquelas situações em que a Lei de PPPs impõe a alocação prévia de riscos.

Nesse sentido, Lima e Coelho (2015, p. 269) realizaram pesquisa com o objetivo de levantar “[...] os termos contratuais de alocação e responsabilidade por riscos, examinando como se alocaram, na expectativa de que sejam mitigados os riscos nos contratos realizados no Brasil baseados em parcerias público-privadas [...]”, analisando, qualitativamente, 15 (quinze) contratos de repercussão nacional,

celebrados sob regime legal das parcerias público-privadas, no período de 2004 a 2010, disponíveis no sítio digital do Ministério do Planejamento.

A referida pesquisa verificou que, das matrizes contratuais de riscos analisadas, em apenas 80% (oitenta por cento) dos casos tratou-se por alocar/dividir especificamente o risco decorrente da variação cambial (em 20% esse risco não recebeu tratamento), sendo que, em 73% (setenta e três por cento) das hipóteses analisadas, o risco cambial foi integralmente atribuído ao polo privado da relação (LIMA; COELHO, 2015, p. 281).

Em outras palavras, mesmo tratando-se de contratos celebrados sob a égide da Lei das PPP's, em 20% (vinte por cento) dos contratos de relevância nacional não se procurou alocar previamente o risco cambial, seja em razão da ausência de influência específica desse fator de risco, seja em razão da deficiência do projeto básico, o que demonstra a problemática do tema.

Frisa-se, ainda, que segundo a referida pesquisa, apenas em “[...] 7% dos contratos estudados esse risco foi partilhado, com a variação cambial sendo absorvida pelo setor privado até dado limite de variação [...]” (LIMA; COELHO, 2015, p. 283), tendo, por ilustração, o caso do projeto da Linha 4 do Metrô de São Paulo, cujo modelo de alocação de risco considera a média anual da variação cambial para efeito de cálculo da remuneração da concessionária, dividindo igualmente ônus e bônus da oscilação cambial.

À vista disso, pode-se verificar que a proposta em questão, em especial quanto ao formato da matriz de risco cambial sugerida, possui caráter exploratório, uma vez que não existem muitos trabalhos elaborados em relação especificamente à alocação do risco cambial da forma como sugerida, o que permitirá que estudos futuros venham a analisar e revisar a questão, confirmando, corrigindo ou refutando o modelo sugerido de matriz de risco cambial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, na forma como insculpida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, assim como na doutrina e na jurisprudência, representou relevante avanço para as relações jurídicas contratuais celebradas entre Administração Pública e particulares, sob as regras do direito público.

Esse princípio, que começou a ser estruturado na forma como se conhece atualmente a partir de relevantes teorias, como a Teoria da Imprevisão, resultou naquilo que denominamos neste estudo de Perspectiva Tradicional da Áleas ou Riscos, prisma que permitiu que se avaliasse e decidisse quando um determinado evento seria apto para romper o equilíbrio econômico-financeiro, exigindo-se, para tanto, que o risco (ou álea) verificado fosse (a) imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto a suas consequências; (b) estranho à vontade das partes; (c) inevitável; e que (d) causasse desequilíbrio muito grande no contrato.

Entretanto, apesar das relevantes contribuições dessa perspectiva tradicional, em especial a classificação dos riscos segundo a sua *ordinariedade*, ela tem sido alvo de questionamentos e dúvidas quando, no plano prático, tem encontrado severas dificuldades em diferenciar os riscos ordinários e extraordinários, resultando na instituição da chamada “zona cinzenta”.

Essa questão tem se mostrado preocupante, especialmente quanto à variação cambial e seus reflexos sobre a equação econômico-financeira dos contratos administrativos, objeto do presente trabalho.

Assim, no intuito de encontrar indícios que pudessem esclarecer tal questão, analisou-se alguns posicionamentos da doutrina, bem como julgados do TCU e do STJ, buscando elementos que pudessem auxiliar na distinção dos riscos cambiais *ordinários* dos *extraordinários*, de modo que oferecessem subsídios para se compreender quando a oscilação cambial seria “extraordinária”, “imprevisível”, “excessiva”, “abruptas” ou “exagerada”. Isso é agravado pela sistemática de “flutuação suja” do regime cambial brasileiro.

Posta essa visão geral da questão, passou-se a exame detalhado, procedendo-se a análise de dados coletados em 12 (doze) processos administrativos da Administração Pública Direta do Estado do Espírito Santo, referentes a contratações que, de alguma forma, guardavam relação com a moeda estrangeira, e por isso estaria mais sensível às variações cambiais, no período de 2012 a 2016.

Os processos em questão foram localizados em razão de terem sido enviados à PGE-ES, justamente para que se pudesse analisar requerimento contratual de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado pelo particular, em razão de oscilações cambiais.

A referida análise permitiu concluir, dentre outras coisas, que: (a) o reflexo da oscilação cambial na “equivalência honesta” do contrato depende do nível de dependência/influência que a moeda estrangeira possui sobre o contrato, o que muitas vezes se mostra difícil de analisar e precisar; (b) apenas em casos extremos a variação cambial pode ser classificada com maior tranquilidade, entre ordinária e extraordinária, dificultando o enquadramento dos riscos localizadas na chamada “zona cinzenta”; (c) apesar de ser a data da assinatura do contrato referência para a “manutenção efetiva das propostas”, sua distância da data da realização do certame pode causar distorções, dificultando uma análise objetiva da questão.

Dessa forma, essas questões apontam para o fato de que inexistem critérios objetivos suficientes que permitam avaliar e distinguir os *riscos cambiais ordinários* ou empresariais, suportados pelo particular, dos *riscos cambiais extraordinários*, suportados pela Administração Pública, o que reforça a ideia da necessidade de buscar-se alternativas que superem ou mitiguem os problemas decorrentes da limitação da Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos.

Exposto esse cenário, apresentou-se no presente trabalho a Perspectiva de Alocação dos Riscos ou Áleas como forma de aprimorar a Perspectiva Tradicional das Áleas ou Riscos, objetivando tratar de uma nova forma os riscos aptos a influenciar na equação econômico-financeira dos contratos administrativos, repartindo-os de forma objetiva.

Essa nova ótica foi introduzida no ordenamento jurídico por meio da edição de leis de contratação específica, qual seja, a Lei das PPP's, dentre outras, bem como pela regulamentação técnica promovida pela ABNT, através da NBR ISO 31000, que trata dos Princípios e Diretrizes da Gestão de Riscos (2009).

Para tanto, apresentou-se na parte final dessa pesquisa, 7 (sete) justificativas relevantes para que, com fulcro na Perspectiva da Alocação de Áleas ou Riscos, a ótica tradicional seja aprimorada, permitindo-se a alocação de riscos, pela elaboração racional da matriz de risco nos contratos regidos pela LGL.

Essas justificativas apontaram que a Alocação do Risco Cambial (I) garante o princípio constitucional do equilíbrio econômico; (II) proporciona maior segurança jurídica para a contratação pública; (III) propicia maior eficiência e economicidade nas contratações; (IV) permite maior publicidade e transparência; (V) privilegia o caráter competitivo do certame; (VI) melhor garante a isonomia; (VII) restringe o potencial litigioso de cada contrato administrativo.

Dessa maneira, acredita-se que a implementação dessa nova prática administrativa sugerida, qual seja, a elaboração de matriz de risco cambial estabelecendo a faixa de oscilação que será de responsabilidade do particular (risco ordinário) e qual oscilação poderá ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (risco extraordinário), poderá, sob a Perspectiva da Alocação de Riscos, contribuir para mitigar a questão da insegurança decorrente da dificuldade de enquadrar-se a variação cambial, própria da perspectiva usual dos contratos administrativos, permitindo que o Estado e os agentes públicos cumpram mais adequadamente o seu múnus constitucional.

REFERÊNCIAS

ÁBACO. In: **Dicionário Michaelis**. Disponível em: <<http://www.uol.com.br/michaelis>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n.118, p. 54-70, out. 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 31000:2009** - Gestão de riscos – Diretrizes. Rio de Janeiro, 2009.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 114, p. 263-282, abr./jun. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175994>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BONATO, Hamilton. **Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BORGES, Nelson. Contratos Aleatório. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Nº 06, Curitiba: Editora Juruá, 2001.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de junho de 1934. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13303.htm> Acesso em: 26 dez. 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 26 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n 15.154/PE. Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, Sessão de 19/11/2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 02 de dez. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 699.860/RS. Primeira Turma, Relator: Ministro José Delgado, Sessão de 03/05/2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 de jun. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.676.279/SP. Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, Sessão de 03/08/2017. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 12 de set. 2017a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.433.434/DF. Primeira Turma, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Sessão de 20/02/2018. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 de mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 464/2000. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 07/06/2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 de jun. 2000.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.595/2006. Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Sessão de 30/08/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 de ago. 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.837/2010. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 27/10/2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 de out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.282/2011. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 07/12/2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 de dez. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.466/2013. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 12/06/2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de jun. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.568/2015. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 04/06/2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de jun. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.431/2017. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 05/07/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de jul. 2017b.

BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos e SPINK, Peter. **Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil**. Revista do Serviço Público. Ano 49, número 1, Jan-Mar 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CADILHA, António. A Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos: Génese e recepção no Direito Português. **Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos, nº 02/2016, 2016**. Disponível em: <http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Cadernos_Servulo_de_Contratos_Publicos_II.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª ed. rev., amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2017.

CONTI, Bruno Martarello de. **Regimes cambiais em países emergentes: a experiência brasileira recente (1994-2006)**. Campinas: s.n., 2007. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/285503>>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

ELIAS, Gustavo Terra. Da publicidade à transparência: o percurso para a reafirmação da democracia participativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 27-40, nov. 2012.

FERREIRA, Bruno Oliveira da Silva. A definição de riscos nas Parcerias Público Privadas à luz da segurança jurídica. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 1728, out. 2012.

_____. A definição de riscos nas Parcerias Público-Privadas à luz da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 619-635.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O reajustamento dos prelos contratuais em face do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, e legislação ulterior. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 167, p. 22-36, fev. 1987

FLEURY, Felipe. A repartição dos riscos e o reequilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, n. 62, 2015.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de

Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-14052012-162009. Acesso em: 02 mai. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____, **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed.rev.atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

_____, **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. (org.) **Métodos de pesquisa**. Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **RDPE – Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAMARÃO, Ronaldo Coelho. **(Re)equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: à luz da jurisprudência do TCU e da AGU**. Curitiba: Juruá, 2015.

LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antônio Carlos. Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 267- 291, abr. 2015.

LIMA, Renata Faria Silva. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no Direito Administrativo e no Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p10-11.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Risco cambial e equilíbrio econômico-financeiro em contratos de fornecimento de energia. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 53, maio 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=35560>>. Acesso em: 10 set. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. José Emmanuel Burle Filho. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Contrato Administrativo: Fundamentos da Preservação do Equilíbrio Econômico Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 211, p.21-29, jan./mar. 1998, Rio de Janeiro: Fórum, 1998.

_____. Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41-46.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 94, p. 1-18, ago. 1968.

MIRANDA, Iúlian; ROCHA, David de Oliveira Lima. A possibilidade de alocação de riscos nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 à luz do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n.138, p. 2740, jun. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 3550, out./dez. 2007.

_____. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo. Malheiros, 2012.640p.

_____. **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas** / Egon Bockmann Moreira (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016

MUKAI, Toshio. Do reequilíbrio econômico-financeiro da proposta. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 51, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34495>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ed.rev. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PIETRO, Estevan. A modificação contratual das concessões e a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão por alteração das circunstâncias, dentro do Direito Português, de acordo com as novas limitações - objetivas e subjetivas – trazidas pelas Diretivas da União Europeia 2014/23/EU e 2014/24/EU. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 1, p. 242-266, 28 jan. 2018.

PORTUGAL. **Código dos Contratos Públicos**. Decreto-Lei nº 18, de 29 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/CCP_Textoconsolidadojan2016.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2018.

PRATES, Daniela Magalhães. **O regime cambial brasileiro de 1999 a 2008**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2010. (Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 12). 69p.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990.

SILVA, Fabiane Tessari Lima da. Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs: do rebus sic stantibus ao Pacta Sunt Servanda. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 33-46, mar./ago. 2014.

SOUZA, Arthur Moura de. Panorama do Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 79-107, nov./dez. 2014.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 63, p. 1-15, mai. 1961.

_____. O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 187, p. 90-93, jan. 1992.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia: micro e macro**. 4. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnoldo. O regime legal dos custos financeiros no contrato cost-plus e a maxidesvalorização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 155, p. 1-31, jan. 1984.

WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Mutações do conceito de equação econômico-financeira. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 96, p. 1722, dez. 2009.